

LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA NORME JURIDIQUE ET LE PROBLÈME D'UN DROIT OBJECTIF



THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le 24 Mars 1939, à 14 heures

PAR

Radomir D. LOUKITCH

JURY :

Président : M. LE FUR, Professeur

Suffragants { M. BASDEVANT, Professeur
 { M. PLASSARD, Professeur



LES PRESSES MODERNES

96, Galeries Beaujolais Palais-Royal

PARIS (1^{er})

—
1939

LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA NORME JURIDIQUE ET LE PROBLÈME D'UN DROIT OBJECTIF



THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le 24 Mars 1939, à 14 heures

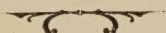
PAR

Radomir D. LOUKITCH

JURY :

Président : M. LE FUR, Professeur

Suffragants { M. BASDEVANT, Professeur
 { M. PLASSARD, Professeur



LES PRESSES MODERNES

96, Galeries Beaulojais Palais-Royal

PARIS (1^{er})

1939

A mon Grand-Père,
LOUKA ANTONIYEVITCH,
paysan.

A la mémoire de mon Père,
DOUCHAN ANTONIYEVITCH,
paysan,
mort pour la Patrie en 1914,
à l'âge de 19 ans.



*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*

Avant-Propos

Le sujet que nous traitons apparaît bien différent de celui que nous nous proposons tout d'abord d'étudier — l'examen de la notion de Constitution — sur la suggestion de notre éminent maître, M. le Doyen Tassitch. Et cependant à la réflexion, ce changement n'a rien qui puisse surprendre. En examinant la Constitution, nous avons vu qu'elle est une norme « pure », non sanctionnée. Pourquoi alors oblige-t-elle, nous sommes-nous demandé ? Et comment est-il possible que tout l'ordre juridique repose sur une norme « pure », une norme non sanctionnée ? Logiquement, ainsi, nous sommes arrivé au problème de la force obligatoire de la norme juridique, et, de ce problème, à celui du droit objectif, étant donné qu'un droit positif ne possède pas cette force obligatoire normative — force obligatoire de la norme « pure » — par rapport à tous ses sujets, qu'il est nécessaire d'employer la sanction, la contrainte.

Nous avons d'autre part à remplir un devoir qui nous est infiniment agréable : exprimer notre profonde gratitude à M. le Professeur Louis Le Fur, qui n'a cessé de nous manifester une bonne volonté inépuisable, et dont les conseils, pleins d'expérience et de pondération, nous ont été des plus utiles pour un grand nombre de problèmes. Nous n'en avons que plus vivement regretté d'être obligé de nous séparer de lui sur un point essentiel : l'existence d'un droit objectif. Mais nos regrets se sont atténués, en tant que le même esprit qui, dans ce problème, a guidé notre éminent maître, M. Le Fur, fut aussi celui qui nous a inspiré. Nous nous sommes également efforcé, quoique partant d'une autre base, de fonder un droit objectif, droit dont l'homme, toujours imparfait et toujours avide de perfection, a un si grand, si intarissable besoin. Et, tout en sachant bien que la solution que nous préconisons ne saurait être parfaite, nous tenons à souligner que nous devons porter seul l'entière responsabilité des opinions que nous exposons dans notre travail.

Introduction

1. — Le conflit entre le droit positif et le droit objectif constitue l'un des plus difficiles problèmes de la science et de la philosophie juridiques. On peut dire que toutes les innombrables discussions et controverses qui portent, depuis des siècles, sur le droit naturel, ne traitent, en effet, que du conflit indiqué. Le droit naturel représentait toujours un droit objectif, auquel le droit positif devait se conformer.

Une si longue discussion ne peut être dépourvue de fondement réel, d'autant plus qu'elle est loin d'être achevée. Toute l'histoire du droit nous montre la vie juridique déchirée par les révolutions, par les conflits des groupes sociaux qui mènent la lutte non seulement pour le droit, comme l'a formulé Jhering, mais pour un droit meilleur que le droit existant. Le droit, comme toute la vie, est un devenir perpétuel, jamais achevé, jamais parfait. Le droit est ainsi conçu comme une discipline essentiellement antinomique (1), et Hauriou souligne plus particulièrement le conflit entre la justice et l'ordre, qui est incessant dans cette discipline (2). Et d'autres juristes trouvent que le droit est une synthèse d'éléments différents, donnant au droit un caractère nettement dramatique (3).

Pour nous, sous tous ses aspects de différents conflits à l'intérieur de la sphère juridique, il s'agit essentiellement du conflit entre le droit positif et le droit objectif, représentant un idéal, une tendance, éternelle et noble, de l'humanité vers ce qui est parfait. Cette tendance ne disparaîtra qu'avec le dernier des hommes, car c'est la

(1) Comme le conçoit Radbruch (v. Gurvitch : *Une philosophie antinomique du droit*, G. Radbruch, publié dans « Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique », 1932, désormais nommés ici : « Archives », et dans son livre, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*).

(2) V. M. Hauriou : *L'ordre social, la justice et le droit* (« Revue trimestrielle du droit civil », 1927), comp. *Précis de droit constitutionnel*, pages 36-41.

(3) V. surtout Gurvitch : *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, p. 65.

caractéristique essentielle de l'homme que de vouloir le progrès. Ainsi, le conflit entre le droit positif et le droit objectif se ramène-t-il à un conflit, plus essentiel, entre l'immobile et le mouvant, le réel et l'idéal, la stagnation et le progrès, conflit qui provoque l'évolution et, partant, la vie.

2. — La doctrine, en majeure partie, considère que, dans ce conflit, le droit positif doit céder le pas au droit objectif et que celui-ci doit être défendu par tous les moyens, même illégaux (mais non pas illégitimes) (4), même par la rébellion, si cela est nécessaire. Nous citerons quelques noms seulement, les plus célèbres et représentant des doctrines différentes, qui l'admettent : Duguit (5), Hauriou (6), Gény (7), Le Fur (8), Del Vecchio (9), Scelle (10), Tassitch (11), Réglade (12). Mais non seulement la théorie, le droit positif lui-même admet aussi le droit de « résistance à l'oppression », ce qui veut dire le droit de défendre ce qui est considéré par le peuple comme un droit objectif contre le droit positif (13). Nous sommes pleinement d'accord avec cette doctrine; et par suite, pour nous, le formalisme et le positivisme de Kelsen, d'après lequel tout le droit consiste en droit positif, est absolument inacceptable, car, pratiquement, en identifiant l'Etat avec le droit, il identifie le droit avec la force, quoique Kelsen fasse ce reproche aux théories adverses (14). Il ne sert à rien de rendre l'Etat identique au droit, puisque le conflit entre le droit et la force, entre le droit objectif et le droit positif, reste toujours possible, « car il reste à mettre d'accord la « Faktizität » (l'efficience réelle), c'est-à-dire les faits de la réalisation de la norme avec l'idéalité, la norme elle-même » (15).

(4) V. les subtiles réflexions de Schmitt sur la légalité et la légitimité (dans son livre *Légalité-Légitimité*, trad. française, pp. 50-51, 75-77).

(5) V. Duguit : *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, pp. 312-313; ib. *Traité de droit constitutionnel*, t. III, pp. 549-550, 736-750.

(6) V. Hauriou : *Précis de Droit constitutionnel*, pp. XI, 711-713.

(7) V. Gény : *Science et technique*, t. IV, pp. 112-141, surtout pp. 120-25.

(8) V. Le Fur : *Les grands problèmes du droit*, pp. 165, 305.

(9) V. Del Vecchio : *Leçons de philosophie du droit*, p. 240.

(10) V. Scelle : *Droit des gens*, t. I., p. 5.

(11) V. Tassitch : *L'Etat et le droit* (« Archives », 1933), p. 197. Il faut noter qu'il admet, de même que Réglade, la résistance passive.

(12) V. Réglade : *Essai sur le fondement du droit* (« Archives », 1933), p. 190.

(13) V. l'art. 2 de la Déclaration de 1789, l'art. 35 de celle de 1793.

(14) V. Kelsen : *Les rapports du système entre le droit interne et le droit international public* (désormais : *Rapports*) dans le « Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye » (désormais : « Recueil »), 1926, IV, p. 253.

(15) Tassitch : op. cit. p. 176.

3. — Ces problèmes sont trop vastes pour être traités dans cette brève étude. Nous n'exposerons que quelques réflexions qu'ils ont suscitées en nous, portant plutôt sur la position même du problème et sur la méthode que nous croyons apte à le résoudre, que sur la solution elle-même. Ce qui nous paraît essentiel, c'est de chercher à établir un droit objectif réel, existant dans les faits, dans le monde de ce qui *est*, et pas seulement dans celui de ce qui *doit* être, existant donc comme un fait social, constatable par l'observation. Car il est évident, pour nous, que seulement un tel droit objectif peut avoir une influence réelle sur le droit positif, être réellement obligatoire, efficient, nous pousser à le réaliser dans le droit positif. Nous avons donc cherché un idéal réellement existant dans les consciences humaines, vivant et actif. Aussi n'avons-nous pas adopté l'existence d'un droit idéal, objectif, inscrit dans les faits ou dans le monde des valeurs : un tel droit, même s'il existait, et sans nier sa haute signification idéale, ne sert pratiquement à rien (sauf si l'on veut l'identifier avec une force naturelle, ce qui est impossible), aussi longtemps qu'il n'est pas entré dans nos consciences. Du reste, même des écoles essentiellement idéalistes, en reconnaissant la liberté de l'homme, reconnaissent, par là, qu'un droit idéal ne peut être efficient sans exister dans les consciences.

Le but ainsi posé, il nous est apparu nécessaire d'examiner précisément en quoi consiste cette efficience du droit, cette force obligatoire de la norme juridique, qui nous pousse à réaliser le droit. Ce problème était primordial. Car si le droit positif semblait efficient parce que sanctionné, on ne pouvait pas voir comment le droit objectif — qui précisément vient en conflit avec le droit positif et doit prévaloir dans ce conflit — peut nous pousser à le réaliser à l'encontre du droit positif, sans examiner justement cette force obligatoire du droit. Si nous avions conclu que seule la sanction donne la force obligatoire à la norme juridique, le droit objectif, sans la sanction, ne serait pas efficient, et la recherche d'un droit objectif serait inutile, car ce droit ne peut pas influencer le droit positif s'il n'est pas efficient. Mais justement ce manque de sanction nous a amené à la solution que nous croyons correcte, à savoir celle qui trouve le fondement du droit dans la valeur, non dans la sanction. Par suite, nous avons vu que pour le droit positif aussi la valeur était le fondement normal de la force obligatoire.

La *première partie* donc de cette étude sera consacrée au problème de la force obligatoire de la norme juridique.

Dans la *deuxième partie*, nous examinerons le problème du droit objectif, en cherchant un droit objectif efficient, réellement obligatoire.

Il reste, logiquement, encore une troisième question à étudier et que nous n'avons pas pu traiter ici — c'est le conflit proprement dit entre le droit positif et le droit objectif, et les façons dont le droit objectif peut s'intégrer dans le droit positif. Ce problème est plutôt technique, et nous n'avons voulu qu'examiner, en principe, la possibilité d'un droit objectif réel, efficient. On verra, néanmoins, quelle solution il convient, à notre avis, de donner à ce problème.

4. — Quant à notre *méthode*, il faut en dire également quelques mots. Il y a, en général, deux manières de concevoir la force obligatoire de la norme juridique, et, par suite, aussi deux manières de concevoir le droit objectif. La première consiste en ce qu'on considère cette force comme un phénomène juridique pur, mieux comme un phénomène du monde normatif, de ce qui *doit* être, la force obligatoire de la norme consiste alors dans sa *validité normative*, validité purement idéale, à laquelle ne correspond souvent rien de concret dans le monde réel. Elle ne considère donc pas ce qui se passe dans le monde réel, l'important, pour le droit, étant ce qui se passe dans le monde normatif, idéal. La norme juridique nous oblige parce que nous *devons* l'appliquer, sans considérer si nous l'appliquons vraiment, et pourquoi nous l'appliquons. Il est clair que, logiquement, si cette conception admet un droit objectif, elle le conçoit comme un droit valable dans le monde normatif, et un tel droit reste totalement inefficent dans le monde réel. Elle procède donc de la méthode purement normativiste, méthode qui ne regarde pas les faits, la réalité.

La seconde manière de concevoir la force obligatoire, consiste en l'affirmation que la norme n'est qu'un fait comme tous les autres, enchaîné par des lois causales, ne pouvant agir sur nous que conformément à ces lois. Une telle norme est essentiellement efficiente, et sa force obligatoire consiste en cette *efficience*. Mais

si une norme n'était pas efficiente en ce sens spécial, elle n'existerait même pas (16). La force obligatoire, donc, est ici un pur fait, soumis et expliqué par les lois causales. Cette conception procède de la méthode réaliste et sociologique, bannit toute notion du *devoir*, en la considérant comme métaphysique, et aboutit, en fin de compte, à une identification complète de ce qui *est* avec ce qui *doit* être.

Pour nous, ces deux conceptions et ces deux méthodes sont également inadmissibles, parce qu'incomplètes, l'une manquant précisément de ce que contient l'autre. La seule conception acceptable pour nous est une conception synthétique, qui emploiera aussi une méthode synthétique. En effet, la première méthode est insuffisante parce qu'elle ne tient pas compte de la réalité. Un idéal, pour pouvoir nous obliger, doit se rapprocher de nous, devenir nôtre, se lier au réel. Ce qui est seulement *valable* n'est pas toujours *efficient*, et nous voulons trouver une force réellement efficiente. La seconde méthode, qui se réclame d'être positiviste, ne peut pas nous satisfaire non plus. Elle bannit l'idéal et veut expliquer tout par les faits. Elle fournit, il est vrai, une explication de la force obligatoire efficiente, mais sa conception, au fond, ne nous laisse pas notre liberté, et nous sommes convaincu que l'idéal, la valeur, dans ce qu'ils ont de spécifique, ne peuvent être expliqués par les lois causales, par les faits. Ainsi, nous nous sommes tourné vers une synthèse des deux méthodes, voulant considérer la norme en même temps comme un fait et comme un idéal, et lier le fait à l'idéal (17).

(16) Comp. Dabin : *La philosophie de l'ordre juridique positif*, pages 634-36.

(17) Nous nous sommes inspiré, dans ce sens, surtout de l'exemple de notre éminent maître, M. G. Tassitch, doyen de la Faculté de droit de Belgrade, auquel nous devons la direction générale de notre méthode. Il a essayé de réaliser la synthèse de deux méthodes dans son ouvrage *Introduction en sciences juridiques* (en serbe), livre d'une grande richesse de pensée et pleine de suggestion, en raison de quoi nous regrettons qu'il ne soit pas accessible au public français. Pour avoir un exemple de cette méthode synthétique de notre maître, v. ses deux études en français : *Le réalisme et le normativisme dans la science juridique* (« Revue internationale de la théorie du droit », 1926-28), et *L'Etat et le droit*, article que nous avons déjà cité ici.

5. — Nous avons ainsi employé une méthode que nous croyons *positiviste* au plus haut degré. La méthode qui se réclame d'être telle, ne l'est pas en réalité. Elle considère, comme l'a maintes fois souligné notre éminent maître M. Le Fur, une partie de la réalité, non pas la réalité tout entière. Nous voulons considérer cette réalité totale. Là, nous découvrons que l'idéal a une existence non moins certaine que le fait sensible, et qu'on veut à tort proclamer les faits pour le réel unique. L'idéal est aussi un réel, mais il n'est pas un fait sensible, un fait matériel, soumis aux lois causales. Notre méthode, tout en constatant l'existence d'un idéal irréductible aux lois causales, mais ayant une influence réelle sur les faits soumis à ces lois, reste positiviste, car elle ne se sert que des phénomènes constatables soit par l'observation extérieure, soit par l'introspection. C'est pourquoi nous nous sommes abstenu, quoique la tentation fût grande, de toute discussion se basant sur les faits non positifs (dans le sens que nous venons de préciser). Ainsi, nous n'avons pas voulu examiner la dernière nature de l'idéal, de la valeur, son essence véritable, problème qui implique toute une philosophie. Quoique nous soyons fermement convaincu qu'il existe une force spirituelle supérieure, une conscience suprême (18), qui crée et règle le monde des valeurs aussi bien que celui des faits, qu'il existe un donné essentiel juridique et moral, basé sur cet ordre primordial dont l'univers nous montre l'image magnifique, nous nous sommes abstenu de l'affirmer comme une réalité objective et positive, qui doit être imposée, et qui s'impose à tous. Nous avons, en cela, suivi l'exemple de Géný, qui, tout en professant sa foi, n'a pas voulu faire des vérités auxquelles il croyait une vérité objective et une base universelle du droit, en se contentant des « principes » et des « fins intermédiaires » (19). Notre conception a perdu ainsi, sans aucun doute, de cette plénitude qui caractérise si fortement chaque conception philosophique, mais elle a gagné, nous en sommes persuadé, dans l'objectivité et l'universalité, devenant acceptable pour tous, aussi bien pour ceux qui partagent nos croyances, que

(18) Semblable à la conception bergsonienne de l'élan vital et de l'essence primordiale du monde, qui est, au fond, une conscience (v. infra, N° 66).

(19) V. Géný : op. cit., t. II, pp. 44, 48, 362-365, 393; t. IV, pages VII-IX.

pour ceux qui ne le font pas, car les uns et les autres ne peuvent nier les faits positifs, sur lesquels nous voulons baser notre conception.

Par conséquent, de ce que nous allons dire, il ne faut tirer aucune conclusion sur nos croyances, car nous n'avons pas parlé, de ce que nous *croyons*, mais de ce que nous *savons* et que nous pouvons, par des faits positifs, démontrer à chacun (20).

(20) Il importe de noter ici que M. le Doyen Ripert, qui base, pourtant, le droit sur la croyance, comme nous le verrons, souligne que, quant à ceux qui ne partagent pas ces croyances, il faut s'efforcer de leur prouver, par des arguments positifs, que le droit qui, pour nous, est acceptable parce qu'il correspond à nos croyances, doit être accepté par eux aussi, (mais) parce que ce droit est le meilleur pour eux (v. *La règle morale dans les obligations civiles*, III^e éd., pp. 30, 424).

PREMIERE PARTIE

La force obligatoire de la norme juridique

6. — Comme nous l'avons dit, il y a, en général, deux conceptions de la force obligatoire normative. La première considère la *validité* normative comme suffisante et comme caractéristique de cette force. Elle identifie la norme avec un idéal, une valeur, et ne tient pas compte de la réalité qui nous montre que toutes les valeurs ne sont pas efficientes *ipso facto*. La seconde s'occupe de l'*efficience* de la norme, considérant qu'elle provient essentiellement des faits. Mais elle ne tient pas compte des causes diverses qui peuvent rendre une norme efficiente. En effet, la force brute peut, aussi bien que la valeur librement adoptée par le sujet de la norme, la rendre efficiente. Selon cette conception, ces deux sortes d'efficience constituent également la force obligatoire normative. Nous ne pouvons pas adopter une telle solution, parce que nous concevons la force obligatoire normative comme une efficience causée par un *idéal*, une *valeur*, non pas par un *fait* : la force matérielle. La norme qui est appliquée

exclusivement en raison de la sanction dont elle est munie, ne possède pas, selon nous, la force obligatoire *normative*; on ne peut pas, en général, dans ce cas, parler de la force *obligatoire*, mais de la force tout simple (21); de même que l'on ne peut pas dire d'un fait quelconque qu'il possède une force obligatoire parce qu'il agit *nécessairement* et conformément aux lois naturelles. Une norme possède la force obligatoire lorsqu'elle nous pousse à l'appliquer, par son contenu, qui est une valeur, elle ne la possède pas lorsqu'elle nous y contraint, par sa sanction, car alors elle n'est, pour nous, qu'un simple fait, et ne nous *oblige* pas, comme une loi de but, mais nous *contraint*, comme une loi naturelle.

Entre ces deux conceptions opposées, il faut poser une troisième, qui essaie une synthèse. C'est, principalement, celle de l'école du droit naturel. Ainsi, cette partie se divise en quatre chapitres :

Chapitre premier : sera consacré aux théories normativistes et formalistes, qui soulignent surtout la *validité*;

Chapitre II : se rapportera aux théories synthétiques, qui lient l'idéal au réel, la valeur au fait;

Chapitre III : traitera des écoles sociologiques, qui se préoccupent essentiellement de l'efficience;

Chapitre IV enfin, où nous exposerons notre conception.

(21) Comp. Dabin : op. cit., loc. cit. qui adresse la même critique à cette conception.

CHAPITRE PREMIER

LES THÉORIES FORMALISTES DE LA FORCE OBLIGATOIRE

§ 1. — *La théorie de Kelsen*

7. — La plus typique de ces théories est certainement celle de Kelsen. Elle est pleine d'enseignement, car elle nous montre clairement que, dans l'étude du droit, il faut toujours tenir compte des faits réels, le droit étant, au premier chef, une discipline pratique, destinée à régler notre conduite quotidienne — si bien que Kelsen lui-même n'a pu éviter de prendre les faits en considération.

Pour Kelsen, le droit est essentiellement une norme, la partie du monde de ce qui *doit* être, d'un monde complètement séparé du monde physique, matériel, soumis aux lois de causalité. La norme juridique commande ce qui doit être, et elle *vaut*, dans le sens spécifique de l'obligation normative, c'est-à-dire elle oblige à être exécutée car elle *doit* l'être, sans aucun égard à la réalité et à l'exécution réelle de la norme dans le monde de ce qui est : « Pour la validité spécifique de « devoir-être » de la norme, la réalisation de ses buts reste sans importance » dit Kelsen (22). C'est la formule décisive et claire de Kelsen dans toute la pureté de sa doctrine purement normativiste, identifiant la force obligatoire normative avec sa validité, conçue d'une manière purement formelle (v. infra N° 8). La conséquence logique d'une telle conception est qu'une norme reste obligatoire aussi longtemps qu'elle est valable, même si elle n'est jamais appliquée, si elle est, donc, absolument

(22) « Für die spezifische « Soll »-Geltung der Norme bleibt die Realisierung ihres Zweckes bedeutungslos » (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, S. 13); comp. aussi Kelsen : op. cit. p. 42-43.

inefficace (23). Nous verrons (infra, N° 14) que Kelsen lui-même n'est pas resté conséquent à ce point de vue; mais, indépendamment de cela, ce point de vue peut être défendu. Mais il s'agit là d'un point de vue strictement normativiste, c'est-à-dire qu'une telle norme n'oblige que dans le monde normatif, en tant qu'elle *doit* être appliquée, et cette force obligatoire n'a pas d'importance pour nous, parce que nous avons posé comme but de trouver une force obligatoire réelle, efficace, sans toutefois vouloir identifier cette efficacité normative avec celle provenant de purs faits (comp. infra N° 10).

8. — Puisque les normes sont ainsi, d'après Kelsen, séparées du monde réel, non-normatif, il est nécessaire de trouver le fondement de leur force obligatoire, de leur validité, dans le monde normatif lui-même. Le problème de ce fondement se confond, chez Kelsen, avec celui de l'origine de la norme. Autrement dit, une norme ne peut tirer sa force normative que d'une autre norme, et puisque l'essence de la norme consiste précisément en sa validité, cela veut dire qu'une norme est le produit d'une autre norme (24), lui conférant en même temps sa force obligatoire. Une norme naît et obtient sa force obligatoire normative d'une norme supérieure par le fait d'être édictée conformément à cette norme supérieure (25), existant déjà comme valable. C'est, donc, en dernière analyse, de la forme que vient la force obligatoire et le caractère normatif d'une norme, non pas de son contenu : la norme supérieure règle la procédure selon laquelle la norme inférieure doit être édictée pour devenir une norme, non pas son contenu (26). Ainsi, le monde réel n'a rien à voir avec les normes; elles naissent et obligent indépendamment de lui.

(23) Comp. Dabin : op. cit. p. 637, qui adopte cette conséquence, en citant à son appui Kelsen; Le Fur : op. cit. p. 223, adoptant aussi cette conséquence.

(24) Comp. Bonnard : *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl* (« Revue du droit public », 1928), p. 676.

(25) V. Kelsen : op. cit., S. 40; *Droit et Etat du point de vue d'une théorie pure*; désormais : *Droit et Etat* (« Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris », II, 1936), p. 33; *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*; désormais : *Aperçu* (« Revue du droit public », 1926), page 582.

(26) V. Kelsen : *Hauptprobleme*, S. 56; comp. Maury : *Observations sur les idées du professeur H. Kelsen*. (« Revue critique de législation et de jurisprudence », 1929), p. 553.

Tandis que l'école sociologique veut tirer les normes de la réalité sensible, Kelsen crée un monde des normes indépendant du monde réel, un monde « intelligible ». Du reste, Kelsen reconnaît qu'en fait, en réalité, les normes naissent du monde réel, mais il ne veut pas l'examiner, car selon lui la création du droit et sa disparition, sa mort, ne ressortissent pas à la science juridique, mais constituent un fait « métajuridique » (27). La science juridique doit se tenir aux normes valables, au droit positif, et, pour elle, ces normes ne peuvent naître que d'autres normes. Ainsi, une norme est obligatoire si elle est posée selon une norme supérieure; et celle-ci si elle correspond de même à une norme encore plus supérieure... et ainsi indéfiniment... Mais, évidemment, cela ne peut traîner sans avoir une fin. Et voici que Kelsen, tel un magicien, crée un monde normatif qui se suffit à lui-même : au commencement du monde normatif il faut *présupposer* une norme *fondamentale*, antérieure à toutes les autres, dont découlent toutes les autres normes (28). Le contenu de cette norme est : l'organe X est compétent pour édicter la Constitution; elle règle la forme de la norme *positive suprême* : Constitution. La force obligatoire de la Constitution est expliquée par une norme aussi. La norme fondamentale n'existe pas réellement, elle n'est qu'une *hypothèse* scientifique, capable de fonder l'unité du système normatif juridique, unité qui est l'exigence essentielle de chaque science véritable, de la science juridique aussi (29). La norme fondamentale n'est née d'aucune autre norme, mais, par hypothèse, elle est de la norme, et même elle donne la force normative à toutes les autres normes. Elle-même n'est pas obligatoire du point de vue juridique, puisqu'elle ne fait pas partie du droit positif, seul obligatoire, — mais elle confère la force obligatoire à toutes les normes positives.

Ainsi, la force obligatoire normative, la validité des normes, notions purement normativistes, sont expliquées, conséquemment, par une autre notion normativiste — norme fondamentale — et non pas par un fait, phénomène réel, appartenant au monde non-normatif.

(27) V. Kelsen : *Hauptprobleme*, S. 50-51, 100.

(28) V. Kelsen : *Allgemeine Staatslehre*, S. 99, 248, 250; *Aperçu*, p. 587; *Droit et Etat*, pp. 33-34.

(29) V. Kelsen : *Rapports*, p. 268-270.

9. — Il est pourtant évident, pour nous, que cette explication n'est pas satisfaisante. Le procédé est vraiment trop simpliste. Tout ce qui manquait à la conception de Kelsen, il l'a supposé ! Il semble bien que Kelsen considère une telle solution comme la seule possible, si l'on ne veut pas tirer les normes des faits, des lois de causalité. Nous verrons, cependant, qu'il y a d'autres solutions, plus admissibles, pour donner comme fondement à la force obligatoire normative un phénomène idéal, non un fait sensible; mais un idéal qui sera néanmoins réel, car existant en nous.

Pour connaître la nature véritable du droit, son origine, sa force obligatoire, il n'est pas permis de se servir d'hypothèses. On ne peut pas dire que, puisque la norme appartient au monde normatif, au monde de ce qui *doit* être, sa naissance des faits réels, des faits sociaux, ne peut être conçue; surtout si l'on reconnaît en même temps, comme le fait Kelsen, que la norme naît, en fait, des faits sociaux réels. Il faut alors regarder cette réalité même (30)! Le dualisme kelsenien entre la norme et le fait est inconcevable, car, d'une part, la norme provient des faits, qui sont soumis aux lois de causalité (ce qui est, comme nous le verrons, impossible, la norme nous laissant la liberté), et, d'autre part, elle est indépendante des faits (comp. infra N° 14).

Le fondement du droit ne peut être une hypothèse, surtout si l'on reconnaît, avec Kelsen, que cette hypothèse est une fiction (31), indémontrable « par hypothèse » (32). La pureté de la méthode normativiste n'y peut rien gagner. Au surplus, cette hypothèse est en contradiction avec les prémisses admises, elle constitue un cercle vicieux (33) : on part de l'idée qu'il est impossible de concevoir une norme qui n'est pas issue d'une autre norme préalable, et pour surmonter cette difficulté — on suppose une norme fondamentale, dont toutes les autres normes sont nées, et qui est pourtant de la norme quoiqu'elle ne soit née d'aucune norme préalable !

(30) Comp. Meriggi : *Considérations sur le problème des sources du droit des gens*. (« Revue de droit international et de législation comp. », 1934), p. 494-5.

(31) Comp. Tassitch : *Le réalisme et le normativisme...* (« Revue internationale de la théorie du droit », 1927-28), p. 42.

(32) Comp. la même remarque de M. Le Fur (*Règles générales du droit de la paix, dans* « Recueil », 1935, IV, p. 18).

(33) Comp. Maury : op. cit. p. 554.

Cette hypothèse dépasse aussi le positivisme, dont Kelsen se fait le défenseur résolu (34).

Une telle hypothèse est, donc, absolument inacceptable. Il faut renoncer à expliquer l'origine de la force obligatoire normative du point de vue purement *normativiste*, et prendre comme norme fondamentale une norme positive — par ex. la Constitution ou plusieurs normes sociales fondamentales (35).

Mais à cette solution s'oppose la logique inhérente du système kelsenien. Ce système consiste dans une pyramide des normes découlant l'une de l'autre, d'une façon qui, considérée dans son ensemble, ne manque pas d'une certaine grandeur, mais qui semble quelque peu artificielle et magique. Si l'on admettait que la norme positive suprême, la Constitution, ne découle pas d'une autre norme supérieure (alors que toutes les autres normes découlent de la Constitution, comme d'une norme supérieure), mais des faits réels, de ce qui est, l'on pourrait en dire autant pour toutes les autres normes, et tout l'édifice, si magnifiquement bâti, s'écroule : au lieu d'un monde normatif, se suffisant à lui-même, il y aurait un monde normatif tout imprégné du monde réel, au lieu de la méthode normativiste kelsenienne, une méthode socio-réaliste. Kelsen, donc, est contraint à persister dans sa conception normativiste, concevant les normes, dans un sens, à la façon de Platon, comme des substances existant indépendamment du monde réel, monde des phénomènes (36). Du point de vue positiviste (dans le sens que nous avons défini), cette conception d'un monde des valeurs existant objectivement n'est ni admissible, ni inadmissible, elle est indémontrable (comp. infra N° 71); mais l'on doit constater que Kelsen n'est pas conséquent jusqu'au bout avec cette conception (comp. infra N° 11) : il n'admet pas, en effet, l'existence des valeurs objectives valables par leur contenu (comme le fait par ex. l'école du droit naturel), mais l'existence des valeurs valables par leur forme. Une norme conçue comme une valeur objective *formelle*, n'a, vraiment, aucune valeur objective, sa forme ne dépendant pas

(34) Comp. K. Tanaka : *Critique de la science juridique pure chez Kelsen; sa négation du droit naturel et son réalitivisme philosophique*. (« Acta congressus iuridici internationali », vol. V, Roma, 1937, p. 421-425).

(35) Comme l'a suggéré M. Scelle : op. cit. p. 40.

(36) Comp. Goblot : *La logique des jugements de valeurs*, p. 12-13.

d'elle-même, mais des faits réels (des volontés humaines), et son objectivité, comme son indépendance du monde des faits sont mal assurées.

En effet, Kelsen a confondu deux choses : il est exact que l'homme, appliquant les normes, agit comme un être libre, échappe, donc, aux lois de causalité, et la norme se distingue d'autant de ces lois, — mais il ne faut pas conclure dès lors que la norme n'a aucun contact avec les faits réels, soumis aux lois de causalité, qu'elle existe objectivement, et non dans notre conscience, comme un fait. La confusion est d'autant plus grande que Kelsen reconnaît qu'en fait, du point de vue *réaliste*, la norme naît des faits ; seulement il ajoute que cela n'est pas concevable du point de vue *normativiste*, qui implique une norme fondamentale, assurant l'indépendance du monde normatif. La clef de cette confusion, qui paraît inexplicable au premier abord, est que Kelsen est un relativiste : l'essentiel pour lui est le point de vue d'où nous contemplons le monde, non l'examen de l'exactitude de ce point de vue, tous les points de vue étant de même valeur, le normativiste comme le réaliste. L'indispensable, c'est, le point de vue une fois choisi, de lui rester fidèle, de demeurer dans le principe logique de l'identité. D'où l'hypothèse de la norme fondamentale, qui joue le même rôle que la loi de causalité dans le système de la nature (selon Kelsen, du reste, cette loi est aussi une hypothèse indémontrable). La distinction *Sein-Sollen*, distinction kelsenienne essentielle, n'est pas, en fin de compte, une distinction de substance, mais une distinction des points de vue (37).

En se plaçant, donc, seulement au point de vue réaliste, il est impossible de combattre la conception de Kelsen, très logique ; il faut combattre son fondement même : le relativisme, prouver qu'il est injustifié et que, seul, le point de vue réaliste correspond à la vraie nature de la norme et aux exigences de la science. L'essentiel de l'erreur de Kelsen repose, donc, sur l'essentiel de sa doctrine : il ne veut pas regarder la réalité, les faits sociaux (38). Pour Kelsen, le *Sein* est une forme de pensée, de même que le *Sollen* ; entre elles, en bonne logique, il ne peut y avoir aucun lien, et il ne veut pas examiner si de tels liens existent en fait (39). Dans un tel système,

(37) V. Kelsen : *Hauptprobleme*, §. 33-34 ; *Staatslehre*, S. 6.

(38) Comp. Duguit : *Traité*, t. I, p. 64 ; Scelle : op. cit., t. I, p. 40.

(39) Comp. Tassitch : op. cit., p. 44 ; *L'Etat et le droit*, p. 188.

la norme fondamentale est nécessaire : une sorte de « *perpetuum mobile* », de Dieu normatif, donnant la qualité des normes à toutes les normes ; une « *causa causae* » et « *causa sui* » ; une espèce de principe magique : norme qui est née d'elle-même, supposée, non posée, séparée des faits réels, indépendante, créatrice du monde de ce qui doit être.

10. — Mais pour nous il y a un défaut encore plus important du système kelsenien. En dehors de la question de la norme fondamentale comme fondement de la force obligatoire normative, la conception même de cette force, comme purement normativiste, s'identifiant avec la validité, est inacceptable. Ce que nous cherchons dans cette force obligatoire, c'est à voir pourquoi la norme provoque en nous la décision de l'appliquer. La norme qui nous pousse à la réaliser possède, semble-t-il, une force mystérieuse, puisque la norme n'agit pas comme un phénomène physique — qui nous contraint nécessairement, — mais nous laisse notre liberté de l'appliquer ou non. Kelsen ne le peut pas expliquer, puisqu'il est un formaliste, qui ne veut pas considérer le contenu de la norme (qui seul peut, croyons-nous, expliquer cette force normative), mais sa forme. Une loi a beau être proclamée régulièrement, et, par suite, être obligatoire dans le sens de l'obligation purement normativiste et formaliste de Kelsen, si cette loi ne nous pousse pas par son contenu à l'appliquer (40), si elle n'est pas réalisée, elle reste sans aucune importance pour la vie juridique réelle, et elle n'est pas obligatoire réellement, ne possède pas cette force obligatoire réelle que nous cherchons à établir. Elle est obligatoire du point de vue normativiste, car elle continue de *devoir être appliquée*, mais non du point de vue réaliste, car elle ne s'applique pas.

Selon Kelsen, cependant, toute cette question de la force obligatoire réelle ne ressortit pas au droit — science normative examinant ce qui doit être, — mais à la sociologie — science causale et naturelle, expliquant ce qui est (dans notre cas notre obéissance de fait à la norme et les causes de cette obéissance). Kelsen sépare nettement deux domaines : normatif et causal, et n'admet aucune liaison entre eux. Mais cette séparation est insoutenable. Notre soumission aux normes ne peut pas être

(40) « La loi oblige aujourd'hui par son contenu plutôt que par son origine » dit bien Cruet (cité chez Bonnet : *Science du Droit et Romanisme*, p. 55), dans son ouvrage *La vie du Droit et l'impuissance des lois*.

expliquée par des lois causales (comp. infra N° 11), comme le veut Kelsen. D'autre part, comme il le reconnaît lui-même, sa conception purement normativiste ne l'explique non plus. C'est dans une synthèse de ces deux méthodes qu'il faut chercher une explication.

Mais, pour le moment, montrons que la conception normativiste et formaliste de Kelsen est impuissante à nous expliquer cette force obligatoire réelle de la norme et qu'elle nous mène directement à l'explication purement causale. Ainsi, elle rend la norme totalement impuissante, inefficace, inutile, elle efface le monde des valeurs et nie, par là, son point de départ. En effet, considérons le processus de l'application de la norme en vertu de sa force obligatoire normativiste et formaliste, exposée par Kelsen. Si le sujet de la loi se demande pourquoi il doit appliquer la loi, la réponse de la doctrine kelsenienne est, logiquement, qu'il doit l'appliquer parce qu'elle est valable, obligatoire. Pourquoi est-elle obligatoire ? Parce qu'édictee conformément à la Constitution. Et la Constitution est valable parce qu'édictee selon la norme fondamentale, supposée obligatoire ! — Mais c'est tout à fait insuffisant ! Comme l'a justement remarqué M. Dupeyroux (41) : l'homme n'obéit pas à des hypothèses mais à des impératifs. Une norme ne peut obliger que si elle représente une valeur pour le sujet. Ainsi entre le sujet et la norme s'établit une liaison, un contact intime, une interpénétration, que nous essayerons d'expliquer en son lieu. Ce contact est impossible dans la doctrine kelsenienne, celle-ci plaçant la norme, comme une valeur objective et indépendante, trop au-dessus de l'homme concret, et ne considérant pas le contenu de la norme, qui seul peut instituer — par son adoption de la part du sujet — cette liaison intime de la norme et du sujet. Nous n'avons ici qu'à répéter, avec notre éminent maître, M. le Doyen Tassitch : la norme n'existe en droit que comme conscience normative (42), ce qui veut dire : comme un fait de conscience, non pas comme une essence objective, dans le sens de Kelsen.

(41) V. Dupeyroux : *Les grands problèmes du droit* (« Archives », 1938), p. 60.

(42) V. *Le réalisme et le normativisme* (« Revue internationale de la théorie du droit », 1927-28), pp. 46-47.

Mais la réalité est si forte que même Kelsen ne l'a pu exclure de ses considérations. Car, la réalité exige que, pour agir, l'homme doit avoir des motifs réels (qui, à notre sens, ne peuvent être que des valeurs). Et Kelsen le reconnaît. Mais, demeurant fidèle à sa conception fondamentale, il rejette la motivation réelle en dehors du domaine normatif. Il faut, dit-il (43), distinguer la norme de son idée existant dans notre conscience, cette idée étant le processus psychologique par lequel nous pensons la norme (44). La norme appartient au monde de ce qui *doit* être, elle est régie par des lois normatives (on pourrait dire, avec Kant, par des lois nouménales) (45); l'idée de la norme est un fait, appartenant au monde de ce qui *est*, régie par la loi de causalité. Or, notre action, qui est un fait aussi, ne peut être provoquée que par un fait : l'*idée de la norme*, fait psychologique, non par la *norme*, fait extra-psychologique (46), exprimant ce qui doit être, réalité non matérielle, mais spirituelle (47). La norme existe, donc, indépendamment de

(43) V. Kelsen : *Hauptprobleme*, S. 9-14; *Staatslehre*, S. 6; *La Méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit* (« Revue de Métaphysique et de Morale », 1934) — désormais : *Méthode et notion du droit*. — pp. 184-186.

(44) Comp. Fritz Sander : *Das Factum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung* (« Zeitschrift für öffentliches Recht », 1919-20), S. 144, où il fait la même distinction que Kelsen, sous forme de la distinction entre connaissance de la norme et la norme elle-même; comp. aussi Eisenmann : *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* (thèse, Paris, 1928), où il essaie de faire un rapprochement entre Kelsen et Durkheim (p. 54 et s.) : de même que Kelsen distingue la norme de l'idée de la norme, comme un fait extra-psychologique et un fait psychologique, Durkheim distingue le fait social du fait individuel psychologique, quoique le fait social soit aussi placé dans notre conscience comme un fait psychologique. — Ce rapprochement est, pourtant, à notre sens, injustifié, car Durkheim considère qu'il n'y a pas d'existence hors de la conscience (le fait social existe hors de la conscience individuelle en tant qu'il existe dans la société, dans un ensemble de consciences individuelles, mais il n'existe pas hors de cet ensemble), tandis que Kelsen, tout au contraire, affirme l'existence de la norme en dehors de toute conscience en général, la norme étant un fait *extra-psychologique* (pour Durkheim, le fait social est un fait essentiellement psychologique). Durkheim est donc un réaliste-subjectiviste, et Kelsen un idéaliste-objectiviste; la différence entre eux est fondamentale et radicale: aucun rapprochement n'est possible.

(45) V. Kant : *Fondements de la métaphysique des mœurs*, avec l'introduction par M. Lachelier; surtout p. XVI.

(46) V. Kelsen : *Rapports*, p. 236.

(47) V. ib. *Méthode et notion du droit*, p. 180.

l'idée que nous avons d'elle; elle oblige parce qu'elle *doit* être (48), du point de vue *normativiste*, — non du point de vue *réaliste*, pour qu'on demande *pourquoi* elle nous oblige réellement et si elle nous oblige *toujours*. La norme comme telle n'est donc pas efficiente, c'est l'idée de la norme qui l'est (49).

11. — Encore une fois, de son point de vue, la doctrine de Kelsen est très conséquente, et elle est si importante, que nous devons la commenter plus longuement. Et tout d'abord, cette conception de l'inefficience de la norme est contradictoire avec l'attitude fondamentale de Kelsen, qui sépare très nettement, à la

(48) V. *ib. Rapports*, p. 253.

(49) Ici Kelsen invoque son argument préféré : Si nous admettons, dit-il (*Hauptprobleme*, S. 336-337), que la force obligatoire de la norme, le devoir de l'appliquer, est un fait psychologique, réel, alors il faudrait conclure que cette force obligatoire, ce devoir n'existe pas dans le cas où la norme n'est pas appliquée par le sujet, alors qu'il est évident que le devoir d'obéir existe toujours, puisque l'agent de l'Etat doit alors, par l'application des sanctions, faire exécuter la norme, toujours obligatoire. Cette argumentation de Kelsen nous paraît faible. Tout d'abord, il n'est pas permis d'identifier l'inapplication de la norme avec son manque de force obligatoire. En effet, la norme oblige réellement le sujet dès qu'elle est reconnue, adoptée par lui, et elle l'oblige même s'il ne l'applique pas : dès lors le sentiment du remords chez le sujet qui ne l'a pas appliquée. Mais si le sujet ne reconnaît pas la norme, elle n'est pas réellement obligatoire pour lui, car elle ne provoquera pas en lui plus de décisions d'agir qu'un fait quelconque, ni de remords non plus. — quoiqu'elle soit obligatoire du point de vue normativiste kelsenien (pour tous ces développements, v. *infra*, chap. IV). Du point de vue même de Kelsen, une norme inappliquée reste toujours obligatoire, car elle continue de *devoir être* appliquée par nous, et la sanction n'y peut rien ajouter. La sanction est seulement un signe extérieur, — et qui fait souvent défaut. — de cette force obligatoire normativiste, elle n'est pas de l'essence de cette force. Il n'y a pas de raison, donc, pour invoquer la sanction, car alors, dans le cas où la sanction ferait défaut, il faudrait conclure, selon Kelsen lui-même, se basant sur l'argumentation critiquée ici, que la norme cesse d'être obligatoire. De plus, la sanction ne peut pas ajouter à cette force obligatoire, car elle n'applique pas, à proprement parler, la norme sanctionnée, qui reste inappliquée si le sujet ne l'applique pas volontairement, mais elle s'applique elle-même, et elle est, évidemment, différente de la norme inappliquée, puisqu'elle s'adresse non pas au sujet, comme la norme inappliquée, mais à l'agent de l'Etat; — et, d'autre part, la sanction elle-même reste inappliquée si l'agent ne veut pas l'appliquer volontairement, puisque, en dernière analyse, contre l'agent, la sanction ne peut pas jouer. La sanction ne peut contribuer qu'à l'exécution matérielle de la norme, en tant qu'elle agit comme un fait, par crainte, mais elle ne peut pas contribuer à la force obligatoire normative, cette force ne provenant pas, même et surtout pour Kelsen, quoiqu'il soit un formaliste, du fait, mais de l'idéal, de la valeur.

suite de Kant, les lois normatives, qui laissent le sujet libre, et les lois causales qui s'imposent au sujet avec une nécessité rigoureuse. En effet, si notre action, étant un fait, est complètement régie par des lois de causalité, si elle est motivée, comme le veut Kelsen, par l'idée de la norme, idée qui est, elle aussi, un fait soumis aux lois de causalité, non un phénomène normatif, un idéal, — alors il ne reste aucune trace de notre liberté, liberté, qui est, pourtant, le point de départ de la distinction des normes et des lois naturelles, du *Sein-Sollen*. C'est irréfutable : l'idée de la norme, étant un fait, provoque, suivant les lois de causalité, les lois naturelles, nécessairement notre action, notre obéissance à la norme. En éliminant la norme elle-même comme le facteur réel, efficient, de notre décision d'agir, Kelsen nie le caractère essentiel de notre activité normative : la liberté ; il sépare strictement le monde normatif du monde réel, la norme n'a plus d'influence sur nous, sur notre activité. Et l'on se demande alors pourquoi postuler des normes en général, si elles n'ont pas d'influence sur nous. La norme devient inutile. Entre la norme et la réalité, il n'y a aucun passage possible.

Kelsen pourra répondre que notre interprétation n'est pas exacte, puisque c'est précisément la norme qui fait l'objet de notre idée, de l'acte psychique qui se trouve à l'origine de notre action, que c'est donc la norme qui provoque notre action. Mais cela ne change rien à nos conclusions, car il ne reste pas moins vrai, selon les propres mots de Kelsen, que l'idée de la norme est soumise aux lois causales, que, étant un fait psychique, elle est déterminée par ces lois, que par conséquent nous devons avoir à un moment donné nécessairement une idée de telle norme, et non pas une autre, et, partant, accomplir une telle action déterminée.

Mais il y a plus.

Premièrement, Kelsen ne peut pas expliquer comment une norme, étant d'une essence toute différente de nos idées, faits psychiques, peut être conçue par nous, et comment, de plus, elle peut influencer notre psychique, pénétrer en lui pour y provoquer une *idée* de la norme, idée qui sera efficiente. Kelsen se réduit ici, par cette séparation trop radicale des faits et des normes, à une philosophie de « parallélisme naïf », et ne peut point expliquer la liaison entre la norme et le réel sensible. Cette remarque peut être faite, du reste, à chaque normativisme, voire à l'idéalisme exagéré ;

— il faut, donc, rapprocher l'idéal du réel, instituer un contact, reconnaître la liberté humaine efficiente dans le monde des faits; dire, en bref, que l'homme a une énergie propre, qu'il peut créer ses idéaux.

En second lieu (et cette remarque est méritée par Kelsen seul), même en supposant que la norme puisse influencer notre volonté, instituer un contact avec notre vie psychique, il est évident qu'une norme peut exercer cette influence uniquement par son contenu, non nullement par sa forme. Or, l'essence de la norme, dans la conception kelsenienne, est dans sa forme : la norme est une norme parce qu'elle est édictée, *au point de vue de la forme*, conformément à une norme supérieure. La norme, selon Kelsen, nous oblige par sa forme, non par son contenu, qui peut être quelconque. En réalité, jamais nous ne considérons la forme de la norme pour y obéir. La forme de la norme peut, tout au plus, servir pour nous désigner l'autorité qui a édicté la norme. Quand nous connaissons une fois l'autorité, nous pouvons reconnaître la norme pour obligatoire parce qu'elle est édictée par une autorité déterminée (c'est ce que nous appelons : adoption indirecte), mais alors ce n'est pas la forme même qui nous détermine à reconnaître la norme comme obligatoire, c'est l'autorité elle-même, autorité qui est une *valeur* pour nous. En dehors de ce cas, c'est le contenu seul de la norme qui peut nous déterminer à l'appliquer, qui est la source de sa forme obligatoire *normative* (non *normativiste*, dans le sens de Kelsen). Or, le contenu de la norme, c'est la valeur que la norme réalise. Kelsen pourra dire, évidemment, que, la norme étant obligatoire par sa forme, son contenu devient aussi obligatoire pour nous. C'est vrai, mais il s'agit précisément de savoir qu'est-ce qui oblige, la forme ou le contenu, — et il se trouve que c'est le contenu.

En réalité, selon Kelsen, ce n'est pas l'idée d'une norme concrète, ayant un contenu déterminé, qui est le motif de notre action, c'est l'idée de la forme normative, de la « normativité » en général, qui l'est. Une norme à un contenu le plus répugnant est ainsi obligatoire pour nous, si elle a la forme normative. Pratiquement, cela veut dire que tout ce qui est proclamé obligatoire par l'autorité, l'est, que le droit consiste en un pur formalisme, sans aucune idée qui lui sert de contenu. Ce formalisme est inacceptable, car il ne correspond pas à la réalité. Une norme dont le contenu ne représente pas une valeur pour le sujet, n'est pas réellement obligatoire pour lui, ne peut pas le pousser à l'action, en tant que norme, elle peut le

faire seulement en tant que fait, c'est-à-dire, par la force, par la contrainte. Mais, évidemment, personne ne peut affirmer que le fait peut être obligatoire, quoiqu'il puisse nous contraindre à nous y conformer.

En résumé, Kelsen n'a pas pu éviter la conclusion qui s'impose : que les normes règlent notre action réelle, mais il n'a pas voulu faire des normes mêmes — parties d'un monde séparé de notre monde réel — des motifs réels de cette action, et il a invoqué comme ces motifs — l'idée de la norme. Mais cette solution, en dehors de son caractère contradictoire inhérent, implique la négation de la conception formaliste de Kelsen, et le rattachement de la force obligatoire normative au contenu de la norme. Kelsen a conçu la force obligatoire de la norme comme purement *normativiste*, — et il a, tout de même, voulu examiner cette force obligatoire comme réelle, existant dans le monde de ce qui est, il a cherché des motifs *réels* de l'application, *en réalité sensible*, des normes, de ce qui doit être. Manifestement, il n'a pas pu donner une solution satisfaisante. Il eût été préférable pour Kelsen de s'en tenir à sa notion purement normativiste de la force obligatoire et de ne pas introduire des considérations sur la réalité et les motifs réels de nos actions. Mais il était contraint à le faire, car autrement sa norme serait restée planant au-dessus de nous, sans avoir aucune influence et, partant, aucune importance, aucune signification, pour nous, êtres réels. Elle n'en a pas, il est vrai, non plus même avec cette innovation.

12. — Il est tout conséquent que Kelsen considère alors que l'essence de la norme consiste précisément dans sa validité objective (*Geltung*), sans avoir égard à la conscience, à la volonté réelle du sujet de la norme; la norme est obligatoire par définition (50). Par conséquent, non seulement elle ne doit pas être *reconnue*, la norme oblige même si le sujet ne la *connaît* pas : ainsi s'explique l'ancienne règle : ignorantia legis nocet (50 a). A notre avis, une telle explication n'est pas bonne; la seule explication véritable est dans l'origine sociale du droit (51). La définition que Kelsen donne de la force obligatoire normative est tout aussi significative : c'est la norme elle-même, considérée seulement du

(50) V. Kelsen : *Hauptprobleme*, S. 311; *Aperçu*, p. 585; *Rapports*, p. 234.

(50 a) V. Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 348-349.

(51) V. H. Lévy-Bruhl : *Rapports du droit et de la sociologie* (« Archives », 1938, p. 23).

point de vue du sujet de la norme (52); ce n'est donc pas cette force obligatoire réelle, susceptible de nous pousser à l'action, que nous cherchons à découvrir. Selon Kelsen, cette force obligatoire est indépendante du sujet; le sujet n'est qu'une occasion pour la manifestation de cette force. Par conséquent, si le sujet n'applique pas la norme, il incombe à l'Etat d'employer la sanction, qui devient, ainsi, un élément essentiel de la norme juridique (53). Dès lors, la norme a la forme suivante : si un individu se comporte d'une façon déterminée, l'agent de l'Etat doit lui appliquer la sanction. La norme juridique constitue un *jugement hypothétique*; elle n'est donc pas un *impératif* (54). Ainsi, Kelsen est allé jusqu'à dire que l'homme obéit au droit seulement lorsqu'il exécute une norme à cause de la crainte qu'il a de la sanction. — et qu'il obéit à la morale toujours lorsqu'il exécute la norme en raison de sa valeur, quoique cette norme soit une norme juridique (55). Une telle conception mène directement à l'identification du droit avec la force, et Kelsen l'admet du reste, car, dit-il (56), du point de vue juridique, ce qui est le principal, ce n'est pas la *motivation réelle* du sujet par le but que la norme réalise, mais la *réaction* de l'ordre juridique dans le cas où le but n'a pas réussi à motiver le sujet à exécuter la norme, c'est-à-dire : la sanction. Le but social du droit — la réalisation de certaines valeurs — ne doit pas être confondu avec le but juridique, qui ne se réalise que dans le cas où le premier but n'est pas réalisé (57). Toutefois, Kelsen dit que ce n'est pas la force qui est l'essence du droit, c'est le principe même de la sanction, qui pourrait être par exemple la louange (58). Mais, d'une part, la sanction est bien identique avec la force, car la louange ne peut pas remplir ce rôle, et, d'autre part, il est évident que le droit remplit aussi le but social, en ce qu'il réalise

(52) V. Kelsen : *Hauptprobleme*, S. 278; *Staatslehre*, S. 51; *Aperçu*, page 585.

(53) V. Kelsen : *Hauptprobleme*, S. 222-223; *Droit et Etat*, p. 46; *Rapports*, p. 242; *Aperçu*, p. 572; *Méthode*, pp. 198-199.

(54) V. ib. *Hauptprobleme*, S. 212, 348-349; *Staatslehre*; S. 54; *Méthode*, p. 193.

(55) V. ib. *Hauptprobleme*, S. 221.

(56) V. ib. op. cit. S. 214.

(57) V. ib. op. cit. S. 215.

(58) V. ib. op. cit. S. 216-217.

aussi la valeur sociale, seulement par un autre moyen — la sanction. Donc, le droit a aussi à réaliser des valeurs, même dans la conception kelsenienne. Mais tous ces développements impliquent encore quelques remarques plus amples.

13. — Pour nous, il est impossible que la norme ait une validité générale, *in abstracto*, sans avoir égard à un sujet déterminé, sans avoir d'influence sur sa volonté réelle et concrète; ou, si la norme a une telle validité, cette validité n'a aucune importance, étant imperceptible dans le monde réel, dans la vie juridique effective, — donc, elle peut être éliminée de la science juridique. Autrement dit, l'obligation est toujours concrète, jamais abstraite. Ce que nous pensons être une obligation abstraite, c'est simplement un jugement de réalité, une constatation : constatation qu'une norme concrète — qui est, elle, une norme, donc, un impératif, à la suite d'un jugement de valeur — est appliquée dans la plupart des cas concrets. Pourquoi une norme ne peut-elle comporter qu'une obligation concrète ? Cela peut paraître étrange, lorsqu'on regarde la réalité où une norme générale du droit positif oblige tous les sujets. Nous ne voulons pas, certes, nier cette réalité, — mais il faut tenir compte du but de nos recherches : ce que nous voulons trouver, c'est l'élément normatif dans le droit, en tant qu'un élément efficient, réellement influent. Or, une norme en tant que norme, c'est-à-dire en tant que valeur, ne peut obliger réellement un sujet, c'est-à-dire le pousser à la réaliser, que comme une norme concrète, c'est-à-dire que dans chaque cas particulier le sujet doit sentir la valeur de la norme et l'appliquer en raison de sa valeur. Or, ce que nous voyons dans la réalité, avec le droit positif, c'est une *exécution* de la norme, un phénomène de fait, non de valeur; la norme ne jouissant de la force obligatoire *normative* que par rapport à un sujet concret.

La sanction, c'est un fait, qui assure l'exécution de la norme par une généralité des sujets, même dans le cas (et surtout alors) où la norme n'est pas obligatoire *normativement* par rapport à chaque sujet concret. Par conséquent, elle n'a rien à voir avec la force obligatoire normative, recherchée par nous. La norme ne peut *obliger* que par la valeur qu'elle contient en elle, non par la sanction. Cette exécution, pourtant, est un fait, ne rentrant pas dans le domaine des valeurs auquel ressortit la force obligatoire normative. La valeur se trouve dans le but, la fin que la norme doit réaliser. Par conséquent, le droit ayant à réaliser une valeur positive, est un impératif.

Mais Kelsen ne l'admet pas. Selon lui (59), la théorie qui considère le droit comme un impératif a tort. Cette théorie confond le but social avec la volonté étatique, volonté qui constitue le droit. Le contenu de la norme juridique n'est pas la conduite des citoyens, mais l'action de l'Etat, la conduite des citoyens étant la *condition* du déclenchement de l'action étatique. Un sujet ne peut pas vouloir (60) et ordonner l'action d'un autre sujet; par conséquent, il ne peut pas lui imposer des impératifs de l'action. Donc, l'Etat ne peut pas vouloir l'action des citoyens, et il ne peut pas leur imposer l'impératif de cette action. L'Etat ne peut vouloir que sa propre action. Le but du droit est, par exemple, ne pas tuer; mais ce but n'est pas *voulu* par l'Etat, — par conséquent on ne peut pas dire que l'Etat (c'est-à-dire le droit), impose à un citoyen l'*impératif* de ne pas tuer, — il est voulu par la société (l'ensemble des citoyens), qui est le sujet (c'est-à-dire celui qui veut réaliser) de ce but. L'Etat et l'ordre juridique ne sont que les *moyens* de la réalisation de ce but (61). Et c'est la preuve du caractère *formel* de l'ordre juridique, le moyen ressortissant à la catégorie : *forme*, et le but à celle : *matière*. L'Etat (le droit) veut non *ce que* la société veut (but), mais *comment* elle le veut (moyen). *Ce que* l'Etat veut et *comment* la société le veut, c'est la sanction (peine et exécution).

Nous ne pouvons pas accepter une telle conception formaliste, car, à notre avis, le but est ce qui est le principal, un élément essentiel de la norme, la source de la force obligatoire. Le but relie l'idéal et le réel, puisqu'il est de l'idéal, en tant que valeur, et du fait, en tant qu'il existe dans notre conscience et influence réellement, effectivement notre activité. C'est de lui que la norme obtient son caractère normatif, sans lui la norme serait restée de pur fait, un simple moyen technique, sans aucune force réelle normative, comme elle l'est chez Kelsen. Pour que la norme soit réellement obligatoire, il faut qu'il existe une communion entre le sujet et l'idéal-valeur qui est le but de la norme, il faut que le sujet l'« adopte » (nous expliquerons plus tard cette expression). Il est alors inutile que la norme soit valable généralement et dans un monde autre que celui

(59) V. Kelsen: op. cit. S. 207-210.

(60) La position contraire est défendue par Bonnard. (*Droit naturel et droit positif*, dans « La revue internationale de la théorie du droit », 1928-1929, p. 5), mais il est intéressant qu'il conclut aussi que la volonté ne peut pas créer le *devoir être* de l'action d'autrui (pp. 6-7).

(61) Comp. Kelsen : *Méthode et notion*, pp. 199-200. En général, le *but* est, d'après Kelsen, une notion *méta-juridique*.

auquel appartient le sujet. Une chose est certaine : la norme est dirigée vers l'homme, elle existe pour lui, elle doit régler sa conduite, son action (62) ; et si c'est vrai, et puisque c'est vrai, il faut chercher la façon dont la norme peut vraiment influencer cette action, l'influence qui constitue sa force obligatoire réelle ; il ne faut pas se cantonner dans une conception formaliste de cette force obligatoire, dire que la réalité ne nous regarde pas, comme le fait Kelsen, ou que les normes morales seules ont une force obligatoire réelle, comme le dit M. Dupeyroux (63), et que les normes juridiques n'en ont pas, et alors chercher dans la sanction le caractère essentiel de la norme juridique, car la sanction, comme nous espérons le montrer, vient exceptionnellement et quand la norme ne remplit plus son rôle normal dans la réglementation de notre conduite. Il faut donc voir dans la norme non pas un jugement hypothétique, une simple constatation du lien de deux faits (64), mais un impératif catégorique, dirigé directement vers l'action réelle humaine, car dès que le sujet adopte la norme, elle devient un impératif inconditionnel pour lui. La sanction devient alors secondaire, et les normes « secondaires » de Kelsen deviennent « primaires », car elles sont des impératifs catégoriques — quoique Kelsen ne l'admet pas, — tandis que les normes « primaires », qui sont des jugements hypothétiques, deviennent « secondaires » (v. ci-dessous N° 15, pour cette différence des normes « primaires » et « secondaires »).

Kelsen n'admet pas, cependant, que la valeur — adoptée par le sujet, devenue sienne, et, par là, capable de motiver réellement sa volonté — soit la source de la force obligatoire, et cela pour la même raison : la norme oblige d'une manière purement normativiste, non pas en fait. De même que Bonnard (comme nous

(62) Kelsen le reconnaît lui-même (v. *Hauptprobleme*, S. 345; *Rapports*, p. 290).

(63) Op. cit. pp. 36, 42. Selon lui, la norme morale est une norme purement autonome — ce que nous appelons la norme « adoptée » — et elle seule peut être efficiente (p. 68) ; pour nous une norme n'est pas une norme, mais un fait, si elle n'est pas obligatoire, c'est-à-dire adoptée (autonome) ; par conséquent il n'y a pas, à cet égard, de différence entre la norme juridique et morale. Également, la morale, comme le droit, si elle n'est pas adoptée par un sujet, elle est, *par rapport à lui*, un fait, non une norme.

(64) V. Kelsen : *Staatslehre*, S. 54 ; aussi d'autres ouvrages.

le verrons), Kelsen considère aussi que l'obligation, le devoir ne peuvent être tirés d'une valeur subjective, c'est-à-dire voulue par le sujet. La valeur subjective, dit-il (65), n'est que le but voulu par le sujet. Donc, c'est un *Sein*, non un *Sollen*; — de ce que je veux un but, il ne s'ensuit pas que je *dois* le vouloir. Seule la valeur objective est apte à fonder le devoir, car elle se base sur une norme, objective elle aussi, et déterminant ce qui doit être. La valeur objective consiste ainsi en une *imputation* faite à un sujet d'après une norme. Ainsi, une collision de trains n'est ni bonne ni mauvaise en soi, mais elle est *imputée* au fonctionnaire *coupable*, d'après une norme. La norme ne peut pas obtenir sa valeur d'un but subjectif, car le but est ce qui est voulu, tandis que le but de la norme peut n'être voulu par personne. La norme a un but objectif, c'est la conduite qui, selon la norme, doit s'accomplir (si elle ne s'accomplit pas, la sanction fonctionne); le but voulu par la norme n'est pas nécessairement identique avec le but voulu par le sujet, il est, donc, objectif. Le but est le contenu de la norme, mais non sa forme, et là se trouve la distinction entre le droit et la morale : le but leur est identique, mais non la forme.

La conception de Kelsen apparaît clairement; quoi qu'il dise, le but *objectif* de la norme, donc, la norme elle-même — d'après lequel s'apprécie la valeur subjective, le but subjectif — est une valeur lui aussi. Par conséquent, l'obligation provient chez lui, également de la valeur. Mais la valeur objective qui n'est pas adoptée par le sujet, ne l'oblige pas réellement, ne peut motiver sa volonté, quoiqu'elle l'oblige d'une façon normativiste. Une autre question peut se poser encore : qui est le sujet de cette valeur objective kelsenienne; cette valeur est-elle vraiment objective, — mais nous ne voulons pas la traiter ici. Ce que nous voulons constater, c'est que Kelsen a une conception formaliste de la force obligatoire, qui ne peut pas être acceptée par nous; car elle n'a pas d'importance pratique, et cela est évident : si le sujet n'accepte pas la norme, — c'est-à-dire si la norme n'est pas obligatoire dans le sens que nous donnons à cette obligation, — pour qu'elle soit réalisée, il faut menacer par la sanction. Or, un système normatif ne peut pas se baser sur la sanction, comme nous le montrerons.

(65) V. *Hauptprobleme*, S. 66.

14. — Mais, nous l'avons dit, la force de la réalité est grande; devant les faits, Kelsen a abandonné sa théorie, précédemment expliquée, et il y a introduit des considérations de fait, expliquant la part de la réalité dans la force obligatoire de la norme. Tandis que dans *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* Kelsen affirme que la force obligatoire de la norme ne dépend pas de la réalité, de son application réelle, mais de sa validité objective, il reconnaît dans ses derniers travaux qu'il y a une liaison entre la force obligatoire et la réalité, une influence réelle de la norme sur l'activité humaine; il reconnaît que la norme qui n'est pas *efficiente*, c'est-à-dire qui n'influence pas réellement l'activité de l'homme, n'est pas obligatoire. Un ordre normatif ne fait un ordre obligatoire que s'il est appliqué, réalisé « jusqu'à un certain point » (66).

Cette affirmation est opposée à l'esprit de toute la théorie kelsenienne. Elle montre, pourtant, que la question de l'obligation normative ne peut être séparée de la réalité, et elle n'est pas déjà purement normativiste. Kelsen est, d'un coup, passé du normativisme pur à un certain réalisme, et, de plus, à un certain scepticisme. Il parvient ainsi à identifier la norme et le droit avec la force. Au lieu de dire que la force obligatoire consiste dans l'efficacité et de chercher les causes de cette efficacité, il veut fonder la force obligatoire, le devoir, le *Sollen* — sur l'efficacité, le fait, le *Sein*. S'il avait déclaré que la force obligatoire consiste *dans* l'efficacité, il en aurait trouvé les causes dans la valeur, élément idéal; — ainsi, en voulant *fonder* l'obligation *sur* l'efficacité, et en ne distinguant pas l'*efficacité* (qui est un fait normatif), de l'*exécution* (un pur fait), — il a identifié la norme avec la force. Il est vrai, Kelsen essaie encore de sauver son normativisme en affirmant que l'efficacité de la norme est pour la norme une condition « *sine qua non* », mais non pas « *per quam* » (67). La distinction est subtile et fine, mais nous croyons qu'elle ne change pas grand'chose.

Donc, nous avons ainsi une nouvelle définition de la force obligatoire : est obligatoire la norme édictée d'après une norme précédente et appliquée « jusqu'à un certain point » (68). Quel est ce point ? Kelsen ne répond pas à cette question tout à fait

(66) V. Kelsen : *Rapports*, p. 236; *Droit et Etat*, p. 35.

(67) V. *ib.* *Rapports*, loc. cit.

(68) Dupeyroux donne la même formule (validité et efficacité) : *op. cit.*, p. 34-5.

clairement. Logiquement, la réponse ne peut être qu'une : supposons une révolution, — il y a deux ordres juridiques : l'ancien et le révolutionnaire; est obligatoire l'ordre qui est appliqué plus que l'autre. Et pourtant cet ordre peut être appliqué par la force pure et simple; — c'est donc l'identification de la norme avec le fait, avec la force (69). Si l'on admet qu'ils sont valables tous deux à la fois, on doit faire la division selon les sujets pour lesquels ils sont valables, mais cela n'exclut pas encore que l'application soit due à la force. De cette manière, la force obligatoire d'une norme nouvelle reste inexpliquée : pourquoi serait-elle obligatoire puisqu'elle est encore inappliquée ? Au lieu que *toute* norme édictée selon la norme fondamentale soit obligatoire, il arrive que, seule, la norme *appliquée* est obligatoire. Mais c'est alors l'application seule qui est la source de la force obligatoire; la norme n'est pas appliquée parce qu'elle est obligatoire, mais elle est obligatoire parce qu'elle est appliquée. Quelle étrange conséquence ! Mais pourquoi alors supposer en général une norme fondamentale — source de la normativité ? Le fait seul, le *Sein*, suffit pour expliquer l'obligation, le *Sollen*. Comme l'a reproché M. Dupeyroux à R. Capitant, — et indirectement à Kelsen — la norme ne tire pas sa force obligatoire d'elle-même, mais des faits de son application (70). Ce qui *est* appliqué « jusqu'à un certain point », *doit* être appliqué toujours ! Le normativisme disparaît !

15. — En vain Kelsen essaie-t-il de sauver sa théorie en distinguant le fait, la conduite réelle des hommes, de la norme, la règle de cette conduite : pour qu'un ordre, dit-il (71), soit un ordre normatif, il ne faut pas qu'il soit appliqué totalement, car alors il serait identifié avec les faits, la norme fondamentale serait alors : « Faites ce que vous voulez », et il n'y aurait ainsi qu'une suite de faits, régis par des lois causales; — il faut que l'ordre

(69) Le même reproche lui a été fait par C. Martyniak (*Le problème de l'unité des fondements de la théorie de droit de Kelsen*, « Archives », 1937, N^{os} 1-2; surtout pp. 186-187), qui se demande comment une révolution, qui n'atteint que les faits, peut changer l'obligation juridique, le *Sollen*; il constate que Kelsen ainsi détruit sa propre méthode, basée sur la distinction : *Sein-Sollen*; et par Dupeyroux (op. cit. loc. cit.), selon lequel l'efficacité prime la validité, validité qui est pourtant l'âme de la théorie de Kelsen. — Comp. Tassitch : *L'Etat et le droit*, p. 176.

(70) V. Dupeyroux : op. cit., p. 36.

(71) V. Kelsen : *Droit et Etat*, p. 35.

normatif soit appliqué au moins dans une partie par la force de l'Etat, par la sanction. De même, si l'ordre n'était jamais appliqué, il ne serait pas obligatoire.

Une telle justification de la théorie est absolument inadmissible. Quelle étrange manière de tirer la force obligatoire normative des simples faits de l'application de la norme ! La norme se distingue toujours des faits, sans aucun égard à son application dans les faits, parce que la norme est une règle d'après laquelle les faits doivent se dérouler, — et elle existe dans la conscience du sujet comme telle. L'idéal est, d'autre part, que la norme soit appliquée totalement, et elle se distingue alors des faits de son application encore par ceci : ces faits viennent après elle, non avant elle, et se fondent sur elle, — sa force obligatoire ainsi ne dérive pas des faits ; — elle reste comme règle pour l'application future. Kelsen, par conséquent, déduit *a posteriori* la norme de son application. Si on allait jusqu'au bout de ce raisonnement, on devrait dire que la norme se confond avec chaque cas concret de son application, qu'elle cesse d'être la norme dès qu'elle est appliquée, ce qui est absurde.

Et pourtant, c'est bien dans la ligne de la doctrine dualiste de Kelsen. En effet, il considère la norme comme un phénomène objectif, indépendant de notre conscience. Si un tel phénomène se reflète dans le monde réel, si la conduite réelle des hommes lui correspond, on ne peut le voir que par les signes — qui l'attestent — dans les faits eux-mêmes. Ainsi la sanction nous montre l'existence d'un ordre normatif ! Conclusion étrange, mais tout à fait logique. Pourtant, si Kelsen avait considéré la norme comme un *devoir être réel*, c'est-à-dire existant dans notre conscience, comme un fait de conscience, il aurait facilement distingué la norme de son application. Ainsi qu'il a procédé, il est parvenu, il est vrai, à distinguer l'ordre normatif de son application, — en tant qu'une unité — mais il ne peut pas distinguer une norme concrète de son application. D'autre part, Kelsen était contraint à faire cette digression en raison de sa conception de l'ordre juridique positif comme un ensemble des normes-jugements hypothétiques, instituant le lien (imputation) entre un comportement et une sanction. L'ordre juridique a, en effet, deux sens pour Kelsen : 1° l'ensemble des normes « secondaires », celles qui défendent ou commandent hypothétiquement (sous peine de

sanction) quelque chose; 2^e l'ensemble des normes « primaires », qui appliquent les sanctions à des comportements déterminés, et consistent en jugements hypothétiques elles aussi (72). L'ensemble des normes « primaires » constitue seul un véritable ordre juridique positif. Pour qu'il soit appliqué, il faut, nécessairement, que le premier ne le soit pas, que les hommes fassent quelque chose d'indésirable, ce que le premier ordre défend; ils posent ainsi la condition de l'application du second ordre. De telle manière, il y aura la distinction entre les normes et les faits, entre deux ordres différents de phénomènes. L'ordre juridique tel qu'il est conçu par Kelsen ne peut exister autrement que dans la sanction. Au lieu d'être moniste, comme il le voulait, Kelsen devient dualiste.

Ce dualisme est bien inadmissible. L'ordre juridique n'est qu'un : l'ensemble des normes appelées par Kelsen « secondaires ». Ces normes ne sont pas hypothétiques, mais impératives, en tant qu'elles sont réellement obligatoires. Par conséquent, cet ordre reste distinct, comme nous l'avons montré, dès son application, même dans le cas de son application totale volontaire. La sanction devient ainsi un élément secondaire (73). Il est étrange de concevoir l'ordre juridique comme un ensemble des sanctions, *négatives*, alors qu'il a à réaliser un but *positif*.

16. — Le normativisme de Kelsen donc n'est pas suffisamment normativiste. Kelsen, comme l'a bien remarqué Schmitt (74), est un normativiste qui veut rester positiviste, et qui commet ainsi une tautologie en affirmant : « Norme vaut parce qu'elle vaut ». Il l'affirme parce qu'il ne veut pas admettre comme source de l'obligation normative un contenu-valeur, mais seulement la forme-valeur. Or, la forme ne peut pas subsister seule, comme le pourrait un contenu. Pour fonder un vrai normativisme, dit encore Schmitt, il ne faut pas partir du droit positif, dont précisément nous cherchons par le normativisme l'explication de la force obligatoire, mais des normes objectives valables par elles-mêmes, comme valeur. Cette remarque n'est pas exacte en tant qu'elle considère nécessaire pour le normativisme un droit objectif, à la

(72) V. Kelsen : *Méthode et notion*, p. 199.

(73) Comp. Maury : *op. cit.*, p. 560-561.

(74) V. C. Schmitt : *Verfassungslehre*, §. 9.

manière du droit naturel, — mais elle est exacte en tant qu'elle affirme qu'on ne peut être en même temps positiviste et normativiste, car le positivisme prime le normativisme (75).

Kelsen veut être normativiste, et construit sa pyramide de normes, avec une norme fondamentale (76), système conséquent et logique, quoique inexact; mais voici qu'il veut être aussi positiviste, même plus : positiviste rigoureux (77), et il admet qu'un droit « illegal », c'est-à-dire édicté contrairement au droit précédent, peut être du droit s'il est appliqué « jusqu'à un certain point », et il peut être appliqué jusque là par la force simple. Le normativisme, qui pourrait encore s'accorder avec un positivisme modéré, ne le peut plus avec un positivisme rigoureux, car, selon celui-ci, quiconque a de la force peut créer le droit en dépit de toutes les normes précédentes. Alors, selon Kelsen, il faut présupposer à la base de cet ordre appliqué par la force, une norme fondamentale, qui va le « normativiser ». Cela est la conséquence logique du système kelsenien.

Mais, et c'est encore plus étrange, non seulement les révolutions, la vie juridique quotidienne nous donne des exemples où le droit illégal devient du droit irréprochable s'il est appliqué. Une loi

(75) La même remarque est faite par Dupeyroux, sous la forme : efficience prime la validité (v. notre note 69).

(76) Est-il besoin de rappeler que la norme fondamentale et la pyramide des normes n'ont pas été inventées par Kelsen, mais par un de ses disciples, Merkl (v. A. Merkl : *Die Lehre von der Rechtskraft*, S. 176 et suiv.; S. 209 et suiv., *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, dans « Gesellschaft, Staat und Recht, Untersuchungen zur reinen Rechtslehre, Festschrift H. Kelsen », Wien, 1934, S. 252-294); — nous croyons que la cohérence intime du système kelsenien aurait été mieux assurée sans l'adoption de cette invention de Merkl, car elle est méta-positiviste, tandis que l'esprit de la théorie de Kelsen est purement positiviste; — mais ici l'on ne peut pas discuter cette question très spéciale.

(77) Il y a, en effet, deux sortes de positivisme : positivisme *modéré*, qui ne considère comme droit que le droit étatique, édicté selon une procédure déterminée d'avance; positivisme *rigoureux*, selon lequel est du droit tout droit appliqué « jusqu'à un certain point », sans avoir égard à son mode d'élaboration. Le premier positivisme reconnaît un droit révolutionnaire pour droit, si la norme fondamentale, la constitution, a été changée (selon Kelsen, pourtant, logiquement, on devrait dire que la norme fondamentale, pré-existant à la constitution, ne peut pas être changée, son changement étant, du point de vue normativiste inconcevable). Le positivisme rigoureux ne se soucie guère de la forme, il identifie, pratiquement, le droit avec la force.

inconstitutionnelle, s'il n'y a pas de contrôle de la constitutionnalité, ou si ce contrôle ne fonctionne pas bien, doit être, selon Kelsen (78), considérée comme constitutionnelle, car il faut *supposer* que la constitution règle *implicitement* ce cas et « constitutionnalise » la loi « après coup ». Une telle affirmation — d'après laquelle oblige aussi la norme contraire à la norme préalable, supérieure, en même temps que cette norme, préalable et restée supérieure, oblige elle aussi — est irrémédiablement contraire au point de départ de Kelsen, selon lequel oblige seule la norme édictée conformément à une norme préalable. Dans la pratique, il existe de tels cas, seulement alors la force obligatoire d'une telle norme inférieure ne provient pas de la norme préalable, mais du contenu des normes, contenu qui est une valeur, et peut être adoptée par le sujet. De plus, la norme supérieure, en tant que modifiée par la norme inférieure obligatoire, devient logiquement caduque. Cette affirmation de Kelsen, donc, pose également la source de normativité dans les faits, non dans une norme fondamentale.

17. — Ainsi, finalement, selon Kelsen, pour constater si une norme est obligatoire, il faut attendre et voir si elle sera appliquée « jusqu'à un certain point », et cela est suffisant, même si la norme est édictée contrairement à la norme supérieure. Les normes se constatent, donc, *a posteriori* : un certain nombre de comportements humains instituent une norme ordonnant ce comportement; le fait devient la norme, le normativisme disparaît, le *Sollen* se tire du *Sein* (79). La norme, au lieu de précéder la conduite humaine, la suit. Son inutilité, dans une telle conception, devient évidente. Tout devient obligatoire, derrière chaque force quelconque, derrière chaque tyrannie — il faut présupposer une norme fondamentale qui les « normativise ». La contradiction intérieure du système kelsenien devient éclatante.

Mais il ne faut pas suivre Kelsen sur ce chemin où il s'est égaré. Il faut retenir de lui que le caractère normatif de la norme juridique ne peut être négligé : la norme est ce qui *doit* être. Il nous le prouve aussi bien par son normativisme, où il exagère avec ce principe, que par son positivisme, où il exagère avec le principe

(78) V. Kelsen : *Droit et Etat*, p. 58; v. pour un argument possible contre cette position : Kelsen : *Rapports*, p. 266-270.

(79) Comp. Maury; op. cit., pp. 557-558.

contraire. C'est le grand mérite de Kelsen d'avoir fortement souligné cet aspect normatif du droit (80); ce qui a provoqué des discussions fécondes et une purification de la doctrine juridique.

§ 2. — *L'école étatiste allemande*

18. — Cette école est antérieure à l'école de Kelsen, qui n'est que son prolongement logique et conséquent. Mais nous l'exposons après celle de Kelsen, parce que ce dernier auteur a mieux exprimé, et dans une forme saisissante, ses tendances profondes, consistant en un positivisme et un formalisme juridiques stricts, qui lient tout le droit à l'Etat. Ainsi, nous voulons souligner seulement quelques différences qui subsistent entre cette école et celle de Kelsen.

L'école étatiste allemande est représentée surtout par Laband et Jellinek (81), mais elle a des adeptes aussi dans d'autres pays (82): en France le plus proche d'elle est Carré de Malberg (83). Nous exposerons ici la conception de Jellinek.

Son essence consiste dans l'affirmation que le droit est une émanation de la volonté étatique souveraine. Mais, et ici se trouve la différence avec Kelsen, l'Etat n'est pas encore totalement identifié avec le droit, comme il l'est chez Kelsen, selon lequel l'Etat n'est que la personnification de l'ordre juridique (84). L'Etat, dans cette doctrine, n'a pas perdu toutes attaches avec la réalité sociale, il est aussi une réalité sociale, un fait social (85), il ne peut pas être réduit à une simple notion juridique, ni expliqué uniquement par le droit. L'Etat est du point de vue juridique, une personnalité juridique (86), mais il n'est pas entièrement contenu dans cette

(80) Comp. F. Emanuel : *Idée de droit*, thèse, Paris (1937), pp. 52-53.

(81) V. pour l'exposé complet de cette doctrine, l'ouvrage capital de G. Jellinek : *L'Etat moderne et son droit*, t. I et II; traduction française, Paris, 1911.

(82) En Yougoslavie, elle est adoptée — souvent, il est vrai, avec des modifications importantes — par S. Yovanovitch, auteur du meilleur ouvrage yougoslave sur l'Etat : *Etat* (Belgrade, 1935-366, en deux tomes; en serbe), livre magnifique par la clarté et la beauté du style, dont nous regrettons qu'il ne soit pas accessible au public français.

(83) V. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, II.

(84) V. par ex. Kelsen : *Droit et Etat*, p. 29.

(85) V. Jellinek : op. cit., t. I, pp. 4-6, 13-14, 83, 110-112, 143-144, 167-169, 231-234.

(86) V. Jellinek : op. cit., t. I, pp. 289-290.

personnalité. L'Etat est au-dessus du droit, qui n'est qu'un moyen pour la réalisation de ses fins multiples.

19. — C'est en tant qu'elle lie la force obligatoire de la norme juridique à un Etat distinct de l'ordre juridique lui-même, et en tant qu'elle ne conçoit pas l'ordre juridique comme une notion purement formelle (87), comme le fait Kelsen, que cette école mérite d'être signalée après celle de Kelsen.

En effet, selon Jellinek, le critérium du droit est formel et consiste essentiellement en ce que la règle juridique est proclamée par une autorité extérieure et reconnue, et en ce qu'elle est garantie par des forces extérieures (t. I pp. 503-504). Tout droit est lié nécessairement à l'Etat, même les organisations juridiques extra-étatiques n'ont ce caractère juridique que par délégation étatique (t. I, pp. 548-549). Mais si le droit est lié à l'Etat, cet Etat n'est pas seulement une force, une contrainte (de ce point de vue, il critique Duguit et les socialistes, qui ne voient en l'Etat qu'une force brute); l'Etat est une organisation qui est *justifiée*, comme le droit qui n'est que son moyen, et la contrainte qu'il emploie. L'ordre juridique seul garantit et rend possible la vie sociale (t. I, p. 356). L'Etat — et le droit — réalise certains buts, la Justice, par exemple (t. I, pp. 357-358, où Jellinek cite à l'appui même Aristote), donc, certaines valeurs, et, par suite, l'Etat est aussi une valeur. « Au point de vue de la justification téléologique, l'Etat est, dès lors, l'Association souveraine des membres d'un peuple, revêtue du caractère de personne juridique, dont l'activité systématique et centralisatrice satisfait, en s'exerçant par des moyens extérieurs, les intérêts solidaires de l'individu, de la nation, et de l'humanité, dans le sens d'un développement progressif » définit Jellinek (t. I, p. 410), et il ajoute: « Cette définition contient naturellement un critérium de valeur », mais chaque Etat concret ne correspond pas nécessairement à ce critérium, donc il y a des Etats qui ne remplissent pas leur rôle et, par conséquent, ne représentent pas des valeurs (t. I, p. 358). Un Etat concret, et la contrainte qu'il emploie, ne se justifient que par les fins qu'il réalise (88).

(87) De ce point de vue, M. Yovanovitch est plus formaliste que Jellinek, et s'approche de Kelsen (v. *op. cit.*, § 10, *l'Etat et le droit*).

(88) Il est intéressant de noter qu'à ce point de vue encore M. Yovanovitch se distingue de Jellinek et se rapproche à Kelsen : l'Etat, selon M. Yovanovitch, ne peut pas se justifier du point de vue juridique; sa justification est une question philosophique, *méta*-juridique, — thèse qui a été défendue avec un raisonnement saisissant par M. Yovanovitch, mais à laquelle nous sommes opposé. Jellinek, pourtant, n'est pas loin lui non plus de cette position (v. t. I, p. 300).

Ainsi, cette doctrine est, de notre point de vue, beaucoup plus acceptable que celle de Kelsen, car l'Etat est une *valeur* pour les individus. C'est le dernier vestige de la divinisation de l'Etat par Hegel, divinisation qui fut si bien accueillie en Allemagne. Cette doctrine peut nous expliquer ce que nous appellerons « l'adoption indirecte » de la norme juridique par le sujet de la norme. L'Etat étant une valeur pour le sujet, valeur qu'il adopte, le sujet peut adopter comme obligatoire aussi le droit étatique, même s'il considère ce droit comme défectueux, donc même s'il n'adopte pas directement ce droit comme obligatoire (l'adoption s'effectue donc indirectement, par l'intermédiaire de l'Etat) en raison de sa propre valeur.

20. — D'autre part, Jellinek donne une analyse très exacte de la force obligatoire du droit. « Tout droit a pour caractère nécessaire celui de la force obligatoire ». « Une norme est obligatoire quand elle possède la puissance d'agir comme motif pour déterminer la volonté; mais cette puissance lui vient de la conviction que nous avons et que nous ne pouvons dériver de plus loin, et d'après laquelle nous sommes obligés à lui obéir. Le caractère positif du droit lui vient donc, en dernière analyse, de la *conviction* que l'on a de sa force obligatoire, c'est sur cet élément purement subjectif que repose tout ordre juridique » (t. I, p. 504). Nous admettons pleinement cette conclusion. Mais il faut se demander, pensons-nous, justement d'où vient cette conviction. Or, là, des différences sont possibles, et, en effet, elles se montrent. Nous croyons que la conviction doit venir de notre communion avec les valeurs que le droit réalise, que, donc, cette conviction est une conviction que le droit *vaut*; — Jellinek considère qu'elle peut provenir aussi de la sanction (qu'il conçoit très largement, non seulement comme contrainte, mais comme ce qu'il appelle « l'ensemble des garanties étatiques et sociales » — t. I, pp. 505-508; t. II, p. 567), qu'il suffit pour la force obligatoire du droit que cette conviction soit la conviction que le droit s'exécutera au besoin par la sanction. « Pour que la règle juridique possède ce caractère obligatoire, il faut encore que son influence psychologique soit garantie... (par) ces forces sociales psychologiques dont l'action confère à la règle le pouvoir de s'affirmer comme motif d'action, même contre des motifs individuels opposés » (t. I, p. 505). Nous admettons aussi que la sanction peut contribuer à l'*application*,

matérielle, en fait, de la norme, mais non pas à sa force obligatoire *normative*, car l'individu ne se sent pas *obligé* par une norme parce qu'elle est sanctionnée : tout au plus il se sent *contraint* de l'appliquer.

Mais Jellinek a bien compris l'essence psychologique de la force obligatoire normative (t. I, p. 503), et il dit explicitement que, pour obliger réellement, le droit doit être *reconnu* : « La norme n'est jamais quelque chose d'uniquement extérieur, dit-il (t. I, p. 554), il faut aussi qu'elle porte en elle-même la possibilité d'être reconnue par le sujet à qui elle s'adresse. Cette possibilité repose naturellement sur certaine qualité du sujet. Ainsi donc, c'est de la conviction populaire, elle-même conditionnée par le degré de la civilisation générale, qu'il dépend, à un moment donné, qu'une prétendue norme possède réellement le caractère de norme véritable ». Il trouve, par la suite, que, si l'Etat est lié par le droit qu'il édicte, c'est parce que telle est la conviction populaire. La théorie est, donc, identique à celle de Duguit (le droit est le produit de la masse) et provient de l'école historique allemande; — elle mérite quelques réserves, que nous exposerons à propos de la théorie de Duguit, — mais ici il s'agit de constater ce rôle créateur des consciences dans la force obligatoire normative. Aussi, il n'est pas moins significatif qu'il reconnaisse que notre jugement de valeur peut faire d'une *situation de fait* une situation *juridique*, et par suite obligatoire (t. I, p. 531). C'est ce que nous appelons : la création des valeurs sur la base des faits. Pourtant, évidemment, nous ne pouvons pas admettre qu'une situation de fait, si elle est durable, devienne, du fait même de sa longue durée, une situation de droit (t. I, p. 511 et suiv.). Cette conception de Jellinek, tant discutée, de la « normativité du fait », nous ne pouvons pas l'admettre : un fait reste un fait aussi longtemps que notre jugement de valeur ne lui attribue pas une valeur normative et obligatoire. La durée n'y peut rien (89).

(89) Il est à remarquer aussi que M. Yovanovitch critique la conception de Jellinek qui base la force obligatoire juridique également sur la reconnaissance de la part des sujets, en disant qu'il confond le droit — norme hétéronome — avec la morale — norme autonome. — V. pourtant Hauriou : *Droit constitutionnel* (édition 1929), p. 18, où il affirme catégoriquement que le pouvoir repose sur le *consentement* des sujets.

21. — En somme, la théorie de Jellinek (en tant qu'elle n'est pas identique avec celle de Kelsen, — Kelsen, en réalité, n'a rien fait que de rejeter hors de la science juridique toutes les considérations psychologiques et sociologiques, retenues par Jellinek encore comme une partie de cette science, — et elle est identique avec la théorie de Kelsen dans la chose essentielle : que, du point de vue *juridique*, une règle oblige dès que, et *parce que*, elle est édictée par l'Etat) est beaucoup plus nuancée, et acceptable. Elle reconnaît que, en principe, le fondement de la force obligatoire normative se trouve dans la reconnaissance, dans l'« adoption » de la norme par le sujet. Seulement, elle n'a pas étendu cette conception aux règles juridiques prise chacune séparément, comme nous croyons devoir le faire — elle n'a considéré le droit que comme un bloc, comme l'ordre juridique.

CHAPITRE II

LES THÉORIES QUI FONDENT LA FORCE NORMATIVE SUR UNE VALEUR OBJECTIVE

Nous avons dit qu'il y a des théories qui essaient de tenir le milieu entre les théories formalistes et les théories sociologiques, se séparant des premières parce qu'elles posent comme fondement de la force obligatoire une valeur obligatoire par son *contenu*, non par sa forme, — et des secondes parce que, tout en reconnaissant que ces valeurs doivent avoir un contact avec les faits, elles ne les identifient pas avec les faits eux-mêmes.

Nous exposerons ici la théorie de l'école du droit naturel, qui est typique à cet égard, et la théorie de M. Bonnard.

§ 1. — *L'école du droit naturel*

22. — Cette école constitue un progrès certain par rapport aux écoles kelsenienne et allemande; elle représente un vrai normativisme, normativisme qui conçoit l'essence de la norme non comme forme, mais comme contenu. Peut-être l'école du droit naturel est-elle mieux comprise depuis l'avènement de la théorie de Kelsen, en obtenant plus de relief, juxtaposée à la théorie formaliste de celui-ci. En tous cas, Kelsen, en provoquant un courant normativiste, une discussion utile sur l'essence normative du droit, a fait mieux sentir le caractère normativiste de l'école du droit naturel, et son normativisme spécifique et original, qui est, pour nous, dans un sens, le seul possible.

Selon l'école du droit naturel, le droit est divisé en deux branches : le droit naturel, le droit positif. Le droit naturel est un « droit objectif, (le) droit rationnellement le meilleur pour un

temps et pour un pays donnés, droit qui reste théorique en quelque sorte, idéal, aussi longtemps qu'il n'est pas réalisé positivement» (90). Le droit positif, pour être un droit complet, doit se conformer au droit naturel. Cela ne signifie pas que le droit positif contraire au droit naturel n'est pas du droit (91), mais il n'est pas un droit *complet* tant qu'il ne correspond pas au droit naturel, qui est un droit *juste*, car le droit complet a ces deux caractères : il est *positif*, et *juste*. Puisque le droit naturel n'est pas nécessairement du droit positif, cela signifie qu'il existe indépendamment de toutes les formes, de toutes les procédures, et ainsi est écarté tout formalisme à la Kelsen. C'est cette existence indépendante qui constitue le trait principal de la théorie du droit naturel (92). Mais non seulement le droit naturel existe indépendamment de l'Etat, il existe aussi indépendamment de toute volonté humaine, puisque c'est un système de valeurs objectives, données dans la nature des choses; ce ne sont pas les hommes qui créent ce droit, il est créé indépendamment d'eux, par Dieu — en dernière analyse, — et les hommes ne peuvent que le constater, le découvrir (93). Découlant de la nature des choses, ce droit est immuable : pour les uns [l'ancienne école du droit naturel, celle du XVII^e et du XVIII^e siècle, — non pas celle plus ancienne du XIII^e siècle, que M. Le Fur appelle traditionnelle (94)], complètement, — pour les autres (l'école moderne du droit naturel — surtout, en France, MM. Le Fur, Gény et Renard), seulement dans ses principes essentiels.

(90) Le Fur : *Les grands problèmes*, p. 97. — Il faut noter qu'ici M. Le Fur définit le droit objectif, qui est le droit naturel au sens large du terme, comprenant le droit naturel proprement dit, invariable, et le droit rationnel, variable ; — mais cela n'a pas grande importance ici, puisque tous deux découlent de la nature des choses, objective.

(91) V. Le Fur : *op. cit.*, p. 246.

(92) Gurvitch définit ainsi le droit naturel (*Expérience juridique*, p. 413) : « le droit considéré comme découlant de la nature de l'homme et de la société, indépendamment de toute constatation, par ex. convention, législation »... et Gény (*Science et technique*, t. II) comme « un droit *ayant sa base dans la nature des choses*... et susceptible d'être dégagé par la raison » (p. 274) qui « ne consiste pas seulement dans l'idée que nous nous en faisons », mais « a une véritable réalité » ; « ses conditions se rencontrent en dehors de l'esprit qui le conçoit » (p. 275).

(93) V. Le Fur : *op. cit.*, pages 18-20, 138, 181 ; Réglade : *op. cit.*, p. 170-1.

(94) V. pour l'histoire du droit naturel : Le Fur : *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne* (« Recueil », 1927, t. III).

23. — L'essence de l'école exposée, il faut voir quelle est la force obligatoire de la norme juridique d'après cette école. La conception de cette force y est très nuancée, et tient compte de tous les éléments, si bien qu'elle présente une théorie parfaitement achevée, qui ne peut être rejetée en bloc, comme la théorie de Kelsen, mais qui contient, à notre avis, une large part de vérité.

La force obligatoire du droit naturel comporte plusieurs degrés. Ce droit n'est pas, bien entendu, obligatoire *nécessairement*, comme les lois naturelles, physiques, puisque l'homme est libre de le violer. Cette liberté, c'est la caractéristique de l'homme, qui fait de lui un être à part. Mais l'homme est aussi un être raisonnable, capable d'arriver à la vérité objective, à découvrir le droit naturel, qui constitue *sa loi naturelle*, donnée par Dieu, comme les autres lois naturelles, — et, l'ayant découvert, de se soumettre à ce droit. Selon l'expression de M. Le Fur, ce qui différencie l'école du droit naturel des autres théories juridiques, c'est qu'elle « a confiance en la raison » humaine, raison « qui démontre l'existence de quelques principes fondamentaux dont doivent s'inspirer toutes les conceptions juridiques techniques » (95). Mais supposons que l'homme n'ait pas découvert ce droit, ou que, l'ayant découvert, il le viole, cela ne signifie pas que ce droit n'est pas obligatoire pour lui. Le droit naturel, étant un droit *objectif*, est un droit rationnellement le meilleur pour l'homme, et en tant que tel, ce droit s'impose à l'homme, il est obligatoire : en tant qu'il *n'est pas découvert*, il reste un droit « en puissance », qui *devrait* être découvert, et en tant que l'homme l'*a découvert*, l'école considère qu'il devient *réellement* obligatoire, c'est-à-dire qu'il motive la volonté de l'homme, qu'il la pousse à l'exécuter en fait.

Ici se trouve le point qui est, pour nous, difficile à admettre. Il est vrai que, dès que l'homme a la conviction d'avoir *connu* un droit objectif, dans la plupart des cas, il *reconnaît* ce droit comme valable pour lui. Mais l'école affirme qu'il y a un *devoir* pour l'homme de le reconnaître comme valable; ce devoir précisément est ce qui constitue la force obligatoire normativiste du droit naturel. Eclaircissons ce point.

(95) Le Fur : *Les grands problèmes*, pp. 422-423.

Que dans la plupart des cas, l'homme ayant découvert un droit qu'il croit être objectif, le reconnaisse, c'est vrai. En effet, puisque l'homme découvre une vérité objective, comment concevoir qu'il ne la reconnaisse pas comme obligatoire aussi pour lui-même ? L'école du droit naturel est donc parfaitement logique avec elle-même. « Il existe un minimum de vérités essentielles s'imposant à tout homme raisonnable, et dont on peut en tout temps exiger l'observation » (96), « aucun homme de bon sens et de constitution normale n'hésite à déclarer obligatoires, sans plus, certains préceptes de moralité élémentaire et à reconnaître, en outre, un caractère strictement juridique à ceux qui assurent nettement l'ordre extérieur de la société » (97), affirme l'école du droit naturel. Elle affirme donc l'*existence* de la vérité juridique objective, et sa *reconnaissance* en fait, de la part des hommes. L'école du droit naturel regarde bien la réalité, elle sait que le droit ne sera pas réellement obligatoire pour l'homme s'il ne le *reconnait* pas, s'il ne l'adopte pas : « La règle de droit doit être reconnue par eux — groupes et individus —, cela est nécessaire pour qu'elle puisse être appliquée, et là est la part de l'autonomie de la volonté » (98). Cependant, le droit n'est pas devenu obligatoire au moment de sa reconnaissance par les hommes (il est devenu, à ce moment, seulement *réellement* obligatoire, mais non pas *normativement*), mais précisément au moment où ils l'ont découvert, et même avant la découverte, car il est obligatoire *normativement*, comme *devoir être* découvert et reconnu, puisque « ...C'est ainsi un devoir pour eux de reconnaître une loi qu'ils sont loin de créer intégralement, qu'ils se bornent à constater pour une grande part; là précisément est la part de l'hétéronomie ou de la transcendance de la loi morale, et avec celle-ci de la loi juridique en tant qu'elle repose sur elle » (99). La conception de la force obligatoire du droit naturel ressort clairement devant nous : l'homme est tenu de reconnaître un droit objectif dès qu'il l'a connu, précisément parce que ce droit est objectif et s'impose comme tel à tous, étant un idéal juridique

(96) Le Fur : *op. cit.*, p. 421.

(97) Génry : *op. cit.*, t. II, p. 365.

(98) Le Fur : *op. cit.*, p. 217. — Citons encore ceci : « Certes, le droit, pour pouvoir être appliqué, doit nécessairement être senti, compris, *accepté* par la masse ». (Le Fur : *op. cit.*, p. 235).

(99) Le Fur : *op. cit.*, p. 217.

objectif, « car s'il s'agissait d'un idéal subjectif, comment prétendre l'imposer aux autres hommes, dont chacun serait en droit d'avoir le sien ? » (100).

Il y a, donc, *trois sortes* de force obligatoire du droit naturel :

1° Le droit naturel oblige l'homme comme *devoir être*, comme un idéal objectif, dès que l'homme l'a connu (même avant cela), et cela constitue une force obligatoire *normativiste*, mais non réelle;

2° Pour que le droit naturel ainsi connu soit aussi réellement obligatoire, soit appliqué par l'homme, il doit encore être *reconnu* par lui, être adopté, devenir sien. Cette force obligatoire, nous l'appelons *normative*, réelle, effective, et, par opposition à la conception kelsenienne, formaliste, aussi matérielle;

3° Mais l'école tient compte de ce que l'homme peut ne pas connaître le droit naturel, ou l'ayant connu, peut ne pas le reconnaître, ou, enfin, peut le violer, tout en l'ayant reconnu, — et, pour que le droit naturel soit appliqué dans ces cas, il doit être sanctionné, c'est-à-dire devenir du droit positif; c'est la troisième sorte de force obligatoire : l'application du droit par la force, la sanction, qui est « une conséquence naturelle, sinon nécessaire, de l'effectivité du droit » (101).

Ainsi se présente la conception de la force obligatoire d'après cette école. Il faut surtout souligner la chose principale : dans la plupart des cas, l'homme qui connaît le droit, le reconnaît aussi, le droit naturel étant un droit objectif, dont la connaissance même signifie la reconnaissance, car il n'est pas possible, pour un homme normal, raisonnable, de *connaître* la vérité, et de ne pas *reconnaître* en même temps qu'elle est valable pour lui. La séparation des deux

(100) Le Fur : *op. cit.*, p. 295.

(101) Le Fur : *op. cit.*, p. 116. — Comp. avec notre classification des trois sortes de force obligatoire du droit naturel, celle de M. Bonnard, très intéressante, qui est quadruple, mais qui, en fait, ne se distingue pas de la nôtre. Selon M. Bonnard (*Droit naturel et droit positif*, dans « Revue internationale de la théorie du droit », 1928-29, pages 1-16, surtout pages 10-11), qui est un moniste, considérant que, dans le cas normal, le droit positif est issu du droit naturel, objectif, le droit naturel est : 1° *valable*, en tant qu'il ressort des faits objectifs, 2° *efficace*, en tant que *reconnu* comme devoir être obéi, 3° *efficace*, en tant qu'obéi en fait, comme un droit positif, 4° *réalisé*, enfin, comme le résultat final de l'efficacité. Le droit naturel devient du droit positif avec l'efficacité déjà. — On voit que nous négligeons dans notre classification le quatrième caractère.

premières sortes de force obligatoire : force *normativiste* et force *normative* effective, est donc plutôt artificielle, toutes deux étant nécessairement liées et inséparables. En vertu du droit naturel objectif, l'homme est obligé, d'abord, de le reconnaître, en l'ayant *connu*, et, ensuite, de le réaliser, en l'ayant *reconnu*.

24. — Il faut maintenant examiner cette conception. — Tout d'abord, disons que nous ne discuterons pas de la troisième sorte de force obligatoire : l'application du droit par la force. En effet, nous considérons que cette force obligatoire, *par rapport au sujet sur lequel elle se manifeste*, relève des faits, non pas de la norme, de la valeur : pour le sujet donné, en effet, le droit naturel appliqué par la force, n'est pas obligatoire dans le sens normatif, n'est pas, en général, une norme, mais un fait, qui n'a aucune importance en tant qu'il peut lui échapper. De plus, comme nous le dirons, nous croyons que la sanction ne contribue en rien à la force obligatoire *normative*, quoiqu'elle contribue à l'*application matérielle*, en fait, du droit. Il nous reste, donc, à examiner seulement les deux autres sortes de force obligatoire.

La conception d'une force obligatoire *normativiste* n'a pas d'importance, pour nous, et cela pour deux raisons :

a) Comme nous l'avons dit, même si cette force existe, elle n'a pas d'importance pratique, *du point de vue du sujet qui doit appliquer* la norme, car si cette norme n'a pas la force obligatoire réelle, effective, elle ne peut pas motiver sa volonté et le pousser à l'application. Evidemment, la question est autre pour celui qui doit appliquer la sanction, c'est-à-dire contraindre le sujet qui n'applique pas la norme, car, il ne peut appliquer cette sanction que si la norme oblige le sujet déjà par la force obligatoire *normativiste*, c'est-à-dire s'il *doit* l'appliquer, quoiqu'il ne l'applique pas.

b) Cette force *normativiste* n'existe pas objectivement, c'est-à-dire comme s'étendant à tous les sujets sans avoir égard à leur « position » envers les normes, c'est-à-dire à la question de savoir s'ils ont déjà reconnu la norme, ou non ; — elle existe *subjectivement*, dans la pensée de quiconque reconnaît la norme comme obligatoire pour lui, et là, dans cette pensée, elle s'étend sur tous, car celui qui adopte la norme pense qu'elle *doit* être adoptée par tous. Mais c'est son jugement personnel, non un jugement objectif. — Expliquons-nous.

La conception de la force obligatoire normativiste n'est pas admissible, car elle implique l'existence d'un droit objectif indépendant de l'homme. Or, l'existence d'un tel droit n'est pas, à notre avis, *positivement* (ce mot étant pris dans le sens que nous avons défini) démontrable.

C'est donc une force obligatoire qui n'existe pas dans le monde réel, mais dans le monde normatif, dans le monde de ce qui *doit* être. L'homme est obligé parce qu'il *doit* reconnaître, sans considérer s'il reconnaît. Que cette obligation n'est pas réelle, effective, partie du monde de ce qui est; l'école l'admet en disant que, pour être appliqué réellement, dans les faits, le droit doit être reconnu (102).

Nous reconnaissons que, s'il y a un droit objectif tel que l'école du droit naturel le conçoit, alors, logiquement, un tel droit a, — à côté de deux autres forces obligatoires que l'école expose aussi, — une force obligatoire purement normativiste, telle que nous ne l'acceptons pas, — et c'est pour cela que nous avons dit que l'école est, en exposant cette conception de la force obligatoire, complètement logique. En effet, comment dire que, puisqu'il y a un droit objectif, l'homme n'est pas tenu, n'est pas obligé, n'a pas le devoir de le reconnaître comme valable, comme obligatoire pour lui aussi? Mais, évidemment, si un tel droit n'existe pas, alors n'existe pas non plus cette sorte de force obligatoire. — Nous allons même plus loin, nous reconnaissons que, en effet, dans chaque norme *reconnue* obligatoire pour nous, il y a un élément purement *normativiste*, il y a une force obligatoire purement *normativiste* : dès que je reconnais une norme pour obligatoire, elle est obligatoire pour moi non seulement dans le monde réel, mais aussi dans le monde normatif, car je *dois* l'exécuter. Mais cette force obligatoire est la *conséquence* de la force obligatoire réelle, de ma reconnaissance non sa *cause*, comme le veut l'école du droit naturel. De plus, nous reconnaissons qu'on peut tirer de la force obligatoire réelle, de la reconnaissance, encore que le sujet qui reconnaît, en fait, *doit* reconnaître aussi, qu'il existe donc une force normativiste dans le monde normatif. Encore admettons-nous, que le sujet qui reconnaît une norme comme obligatoire *pour lui*, admet aussi, généralement, qu'elle *doit être reconnue* par tous; qu'il existe donc dans le monde normatif cette force obligatoire normativiste, qui

(102) Comp. Tassitch : *L'Etat et le droit*, p. 183.

s'étend sur tous les sujets possibles de la norme. Mais une différence subsiste toujours entre l'école du droit naturel et notre conception : pour nous, ce monde normatif, dans lequel existe la force obligatoire purement normativiste, n'existe pas objectivement valable pour tous, mais *subjectivement*, dans la conscience du sujet reconnaissant la norme. La différence est, donc, fondamentale. Mais elle s'efface en tant que nous ne voulons pas examiner la nature véritable, dernière de la norme juridique, de la valeur : il reste toujours possible que la valeur objective existe, que la force obligatoire normativiste existe aussi.

En bref, la différence entre l'école du droit naturel et notre conception consiste en ceci : l'école affirme que c'est parce que la norme est objective, que nous la reconnaissons; nous disons qu'une norme est reconnue par nous, devenue obligatoire pour nous, parce que *nous sommes convaincus* qu'une telle norme doit être appliquée par nous, — on peut dire, dans le langage de l'école du droit naturel, parce que nous sommes convaincus que la norme est objective. Ce n'est pas son caractère d'objectivité (que nous ne pouvons pas connaître *positivement*, qui fait que nous reconnaissons la norme pour obligatoire, mais notre conviction que ce caractère existe. L'école, donc, va plus loin que nous : elle recherche d'où vient cette conviction, et répond qu'elle vient de ce qu'il existe une norme objective, que nous découvrons. Nous n'allons pas si loin, nous constatons cette conviction dans notre conscience, mais nous ne savons pas, et croyons qu'on ne peut pas savoir, si une réalité correspondante existe objectivement.

Mais il reste que, normalement, si une telle conviction existe (surtout s'il existe une conviction qu'un droit objectif, dans le sens de l'école du droit naturel, est découvert), l'homme reconnaît ce droit comme obligatoire pour lui aussi. Sans accepter l'existence d'un droit objectif, nous acceptons, avec l'école, l'existence d'une force obligatoire normativiste, dans le sens que nous définissons : comme le jugement personnel, dans la conscience individuelle, qu'une norme doit être reconnue par le sujet du jugement et par tous; quoiqu'il reste possible qu'elle ne soit pas reconnue, même par le sujet de ce jugement même. Il y a ainsi deux phénomènes en nous : le jugement qu'une norme *doit* être reconnue par nous (qui constitue sa force obligatoire normativiste *par rapport à nous*) ou aussi par tous (ce qui constitue sa force obligatoire *universelle*,

par rapport à tous, mais toujours de notre point de vue, non objectivement —, par cette force universelle nous pouvons être amenés à appliquer la sanction à celui qui ne veut pas réaliser cette norme, jugée, par nous, obligatoire pour lui), jugement constituant sa force obligatoire *normativiste*, qui est, selon nous, la conséquence de la force obligatoire réelle, et qui, à cause de cela, n'a pas d'importance pratique — ainsi nous ne nous occuperons pas d'elle — et la *reconnaissance* de la norme par nous — ce que nous appelons communion avec la valeur, reconnaissance qui constitue la force obligatoire réelle, effective. Pour l'école du droit naturel, cependant, puisqu'il existe un droit naturel objectif, il existe aussi objectivement un jugement disant que ce droit doit être reconnu par tous.

En résumé, l'école croit que, pour que le droit oblige, il doit s'appuyer sur une autorité objective, supérieure à nous, il ne doit pas être notre propre création, subjective (103) : « Tout devoir humain est fondé sur une croyance, mais cette croyance elle-même, *pour être obligatoire*, doit reposer sur une vérité objective, et non pas sur une simple question de nombre... Sinon, on se heurte toujours à la même opposition entre le fait, serait-ce un fait psychologique ou de conscience, et la règle rationnelle, morale ou juridique », dit d'une manière claire et précise M. Le Fur (103 a). Nous croyons, au contraire, que, pour être obligatoire, réellement, effectivement, il suffit que la croyance existe, qu'il existe donc un fait psychologique, provoqué par un idéal, sans que ce fait corresponde à une vérité objective — cette correspondance, croyons-nous, étant impossible à constater positivement (104), sans que notre idéal soit un idéal objectif — et que la vérité objective, seule, ne suffit pas à fonder l'obligation réelle.

(103) Nous verrons ci-dessous comment l'école sociologique a cherché aussi une vérité objective, comme nécessaire pour fonder l'obligation.

(103 a) Le Fur : op. cit., p. 421.

(104) Pourquoi est-ce impossible ? La réalité nous montre que les conceptions juridiques diffèrent, et que néanmoins chacun croit que sa conception seule correspond à la vérité objective, et doit être reconnue universellement valable. Comment alors prouver laquelle de ces conceptions correspond vraiment à cette vérité ? — Il faudrait un juge objectif, impartial : or, un tel juge n'existe hors Dieu, et encore comment savoir quel est son jugement. — Il reste que nos moyens de connaissance *positive* ne peuvent pas nous fournir de critérium d'objectivité, en dehors de l'adoption universelle, en fait, de la reconnaissance universelle, d'une vérité.

Le problème de l'obligation normativiste ainsi résolu, il reste encore à parler de l'obligation réelle, effective. Ici, il faut souligner que nous considérons comme tout à fait exactes les excellentes analyses — données surtout par M. Le Fur —, de la *reconnaissance* du droit de la part du sujet constituant le fondement de la force obligatoire normative réelle, reconnaissance provenant non pas d'un fait, mais d'un *idéal*, d'une *valeur*. Nous utiliserons ces résultats pour construire une conception de la force obligatoire que nous croyons bien fondée.

25. — Pour nous, donc, le résultat le plus important, et capital pour la science juridique, de l'école du droit naturel, est qu'elle base la force obligatoire de la norme sur la valeur, et ainsi elle lie la valeur, l'idéal au monde réel, ce que Kelsen n'a pas pu faire. Encore plus importante peut-être est sa conception matérielle de la valeur, complètement contraire à la conception purement formaliste de Kelsen : la valeur existe objectivement, par son contenu, non par sa forme. D'après Kelsen, le fondement de la force obligatoire de la norme est une valeur purement formelle, une règle de procédure, une norme fondamentale, qui, au surplus, n'existe pas, étant une hypothèse, et l'Etat, cette réalité sociale éminente, est réduit aussi à une idéalité formelle; — selon l'école du droit naturel, il est dans une valeur matérielle, valable par son contenu. Pour nous, la seule conception qui soit possible est celle de l'école du droit naturel : valeur valable par son contenu.

Mais si nous admettons ainsi cette conception de la valeur, nous ne pouvons pas admettre, avec l'école, l'existence d'une valeur objective (nous verrons, du reste, comment l'école a dû, pour ainsi dire, « subjectiviser » sa conception objectiviste de la valeur, pour qu'elle puisse servir de fondement de la force obligatoire normative). Examinons cette question de plus près, car elle est très importante.

Si le droit naturel est objectif, et, comme tel, oblige l'homme, c'est parce qu'il réalise une valeur objective, la Justice, dit l'école du droit naturel. La justice n'existe pas comme une pure forme, mais comme un contenu : cuique suum tribuere. C'est donc le contenu qui représente la valeur. Le droit naturel se ramène essentiellement à la justice, comme nous l'expliquerons plus tard (dans la deuxième partie). La valeur objective est la source de la force obligatoire. Mais cette valeur se subjectivise en devenant le fondement de cette force.

En effet, pour devenir obligatoire réellement pour l'homme, la valeur doit être tout d'abord découverte, connue par l'homme. Dans ce sens, donc, elle est subjective. Mais si la connaissance de la valeur est nécessairement subjective, l'essence de la valeur n'est pas subjective, car « il ne s'agit nullement, souligne M. Le Fur (105), d'un sentiment subjectif, mais de la connaissance nécessairement subjective — sinon comment pourrait-on l'avoir ? — *d'un ordre objectif* ». Mais nous croyons précisément qu'il est impossible de prouver l'existence d'une valeur objective, comme le veut l'école du droit naturel, et c'est ce qui nous sépare de cette école. S'il y avait une valeur objective, alors la subjectivité de notre connaissance n'aurait pas une grande importance (106), puisqu'on pourrait espérer que notre connaissance de la valeur corresponde plus ou moins exactement à la valeur objective même. Mais — et ceci est plus important — la valeur consiste dans un jugement qu'une chose doit être, et le jugement est un acte de conscience, il ne peut pas exister, donc, en dehors d'une conscience qui le conçoit. Ainsi, il est possible qu'il y ait des valeurs pour toi, pour moi, mais il n'est pas possible qu'il existe une valeur « par soi », sans un sujet. Pour qu'une telle valeur existe, il faut qu'il y ait une conscience objective, indépendante de l'homme, qui émettra le jugement de valeur. On peut *croire* qu'une telle conscience existe, mais on ne peut pas le *savoir*, on ne peut pas le prouver *positivement*. Et puisque nous faisons de la science, qui se base sur le *savoir*, sur les jugements de réalité, non pas sur la *croyance*, — nous ne pouvons pas admettre cette conscience comme fondement de l'objectivité. Nous nous permettons de nous appuyer ici sur l'autorité de Kantorowicz qui dit : « L'exactitude objective peut bien exister dans le domaine de la connaissance, non dans celui du sentir, du vouloir, du devoir : il y a des vérités en soi, mais des valeurs pour moi, pour nous, pour vous, bref pour des individus ou des collectivités données » (107). On ne

(105) Le Fur : *op. cit.*, p. 186.

(106) Quoiqu'elle ait une importance (comp. notre note 104).

(107) Cité chez Corbu : *Essai sur la notion de règle de droit en droit international*, thèse, Paris, 1935, p. 51. — Comp. Goblot : *op. cit.* où il définit ainsi la valeur objective : « On démontrera qu'une chose est bonne *par soi*, c'est-à-dire est une *perfection*, en démontrant que, pour la juger bonne, il n'est pas besoin de prendre en considération quelque être qui en jouisse » (p. 8) et « Un Bien qui vaudrait par sa propre excellence, qui non seule-

peut donc *prouver* qu'un jugement de valeur est objectif, car la preuve ne peut consister *qu'en un jugement de réalité* (puisque la preuve se base sur le *savoir*, non pas sur la *croyance*). Or, «en quoi un jugement de réalité peut-il justifier un jugement de valeur, puisque les jugements de valeurs ne se justifient pas, se confessent ? » (108). Donc, nous considérons que notre jugement de valeur est seul objectif, parce que nous croyons en lui, — et même si l'on parvenait à nous *prouver* qu'un jugement de valeur d'autrui est un jugement objectif, nous n'aurions pas cru en ce jugement tant qu'il ne serait pas devenu nôtre. — La valeur est, donc, subjective. Il faut souligner encore une fois que, par là, nous ne voulons pas dire que la valeur est aussi subjective par son essence même (comme le disent par ex. Kantorowicz, Goblot, Corbu), nous voulons dire tout simplement que nous ne pouvons pas savoir, que nous ne pouvons pas prouver positivement quelle est la dernière essence de la valeur, subjective ou objective. Ce que nous savons, c'est que la valeur n'existe qu'en notre conscience, et encore que les jugements de valeurs diffèrent les uns des autres, dans la plupart des cas; — d'où vient la valeur, vient-elle du dehors, ou est-elle totalement créée par nous, nous ne le savons pas (v. ci-dessous, chapitre IV).

26. — Mais c'est plutôt une question théorique. L'école du droit naturel admet aussi que la valeur, pour l'homme, n'existe pas autrement que comme connue, donnée dans sa conscience. Mais encore elle va rechercher l'origine, la nature dernière de cette valeur. *Pratiquement* donc, — mais seulement pratiquement — la valeur, pour l'école du droit naturel aussi, n'existe que comme donnée dans nos consciences. Mais alors, si elle est donnée dans la conscience, comment savoir si elle est vraiment objective ? Cela devient la question fondamentale. Et, une fois ramenée ainsi au terrain positif, terrain de faits, l'école ne pouvait donner un critérium autre que positif : la valeur objective est la valeur qui est reconnue universellement comme telle, par « la conscience collective de l'humanité civilisée ». Le consentement universel est,

ment serait bon universellement, tous les êtres se trouvant avoir besoin de lui, mais qui serait bon nécessairement et le serait encore quand il n'y aurait aucun être dont il fût le bien. Telles sont l'*Idee du Bien* de Platon, et la *Perfection* de Descartes » (p. 6) et pages 20-22, où il déclare la notion de la valeur objective pour un pseudo-concept.

(108) Corbu : *op. cit.*, p. 50.

selon M. Le Fur (109), déjà réalisé sur un nombre suffisant des valeurs objectives, et c'est la preuve de l'existence de telles valeurs. GénY de son côté dit : « *L'identité de représentation chez les êtres pensants* » est la « seule garantie de la valeur objective des idées » (110). Cette identité n'est pourtant pas ce qu'on appelle l'*opinion publique*, « force aveugle, sujette à erreur et que la raison ne saurait reconnaître comme décisive » (111). C'est vraiment, nous le reconnaissons, la seule garantie objective, — mais elle nous laisse encore quelques doutes sur son aptitude de découvrir la valeur objective, et nous ne voyons pas très clairement comment on peut distinguer nettement l'*opinion publique* de cette *identité de représentation*.

L'école s'adresse alors à l'*élite*. C'est elle qui joue le grand rôle dans la découverte de la valeur objective — elle la découvre la première, et la fait répandre dans la masse. M. Le Fur l'a très bien expliqué : « Tout droit est trouvé, je ne dis pas créé, inventé, mais découvert par une élite, doctrine et jurisprudence, qui le tire de la réalité même, de la nature des choses, disent les anciens auteurs; puis il descend de l'élite dans la masse... et lorsque l'*opinion publique* est conquise, les gouvernements, même hostiles, doivent suivre » (112). A cette phrase nous n'avons rien à ajouter, nous acceptons nous aussi comme le seul critérium du droit objectif son adoption universelle, mais pour une autre raison que l'école du droit naturel. L'école dit : il y a des principes universellement reconnus, ils sont universellement reconnus, parce qu'ils représentent des valeurs objectives. — autrement comment expliquer cette universalité ? Nous disons que, la valeur étant subjective, pour chacun c'est sa propre valeur qui est la seule objective — c'est-à-dire qui, de son point de vue, correspond à la valeur la meilleure possible — et lorsque la valeur est adoptée par tous, elle est alors objective pour tous, elle est, donc, la seule valeur objective — toutes les autres, n'étant pas admises universellement, restent subjectives pour celui qui ne l'admet pas. Quant à la cause pour laquelle tous les hommes adoptent certaines

(109) V. Le Fur : *Règles générales du droit de la paix* (« Recueil de l'Académie de la Haye », 1935, IV), pages 180-181.

(110) GénY : *op. cit.*, t. II, p. 17.

(111) GénY : *op. cit.*, t. II, p. 50 ; comp. p. 387.

(112) Le Fur : *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle*, p. 266.

valeurs, nous ne la trouvons pas dans l'existence d'une valeur objective, mais dans l'identité, relative, des esprits humains et des faits sur lesquels l'esprit travaille (sans contester qu'il est possible que cette cause soit vraiment l'existence d'une valeur objective).

L'école considère aussi qu'une valeur nous oblige parce qu'elle est reconnue par tous, cette reconnaissance étant la preuve de son objectivité — et nous disons qu'elle nous oblige parce qu'elle est reconnue par nous; même une valeur reconnue par tous, sauf par nous, ne nous obligera pas par la force *réelle*, efficiente (quoique, peut-être elle nous oblige par une force obligatoire *normativiste*, comme *devoir être*), car nous constatons l'existence de cette valeur comme l'existence de tous les autres faits, par un jugement de *réalité*, et il faut que nous communions avec elle, que nous l'adoptions, ou que nous émettions un jugement de *valeur* — jugement personnel, pour notre propre compte, — identique avec cette valeur, pour qu'elle devienne obligatoire aussi pour nous. Il est vrai pourtant que, lorsqu'une valeur est adoptée universellement, elle jouit d'une telle autorité aux yeux de l'homme, qui est un être social, qu'il est rare qu'il ne l'adopte pas aussi à son tour. Aussi, est-ce un tout autre problème que la question du « consentement universel », celui-ci n'étant presque jamais possible, au sens propre du mot. Nous aurons à nous occuper plus tard de ce problème, — disons-en ici l'essentiel : le consentement universel est censé exister s'il est quasi-universel, c'est-à-dire existe chez tous les hommes normaux, chez toutes les « honnêtes gens ».

Mais il ne faut pas non plus perdre de vue le rôle important de l'élite et des précurseurs, des innovateurs. Ce sont justement eux qui n'ont pas adopté les valeurs universellement reconnues jusqu'alors, valeurs qui, souvent, n'étaient que des erreurs; ce sont eux qui ont cherché de nouvelles valeurs. Sans cela, le progrès n'aurait jamais eu lieu.

27. — Il faut souligner encore un grand mérite de l'école du droit naturel, relatif à sa conception de la force obligatoire de la norme. Si l'école a fortement souligné l'essence rationnelle, intellectuelle, du contenu de la justice, elle n'a pas perdu de vue ce que nous appelons la communion de notre être avec la valeur, l'adoption de la valeur par nous. Pour que la valeur soit réellement obligatoire, c'est-à-dire pour qu'elle nous pousse réellement à

l'action, pour qu'elle motive suffisamment notre volonté, il ne suffit pas que nous la concevions seulement par notre raison, il faut encore que nous l'aimions, que nous nous imprégnions d'elle. Donc, cette communion est un acte fort complexe, et cette complexité n'a pas échappé à l'école.

Ainsi, l'école refuse de considérer la valeur, la justice, comme le produit de la seule raison raisonnante. Avant Bergson, qui, comme nous le verrons, a donné une critique excellente de l'impuissance de notre raison à nous pousser à l'action, l'école a senti cette impuissance. Quoique rattachant la justice comme valeur objective à Dieu, elle n'a pas voulu faire de ce rattachement la seule source d'obligation, et c'est pourquoi M. Le Fur dit que ce n'est pas la volonté de Dieu, mais plutôt sa sagesse qui est la source de valeur (113). Il faut comprendre cette expression, nous le pensons, ainsi : ce n'est pas une volonté tyrannique de Dieu qui nous fait obéir à la valeur objective — mais une volonté et une sagesse qui correspondent aux plus profonds besoins de notre propre être — autrement pourquoi l'homme serait-il créé à l'image de Dieu ? — qui peuvent être acceptées par nous, aimées par nous (114). L'école n'a jamais oublié que l'essence de Dieu n'est pas seulement la raison, mais aussi l'Amour.

MM. Géný et Le Fur surtout ont fait un grand effort pour prouver que la valeur ne peut être donnée uniquement par la raison raisonnante.

M. Géný a écrit sa *Science et technique* sous le signe de la « nouvelle philosophie », représentée essentiellement par Bergson, et il a adopté la notion bergsonienne de l'intuition comme complément nécessaire de l'intellect dans la découverte des normes, en proclamant l'impuissance de l'intellect pur, de la raison raisonnante, seuls, pour les découvrir et provoquer l'action

(113) V. Le Fur : *Les grands problèmes*, pages 93, 427.

(114) Comp. Del Vecchio : *op. cit.*, p. 344, où il rejette Dieu comme fondement du droit, car si Dieu impose un droit injuste, ce droit n'aura pas de valeur quoiqu'imposé par Dieu ; s'il impose un droit juste, alors ce droit a une valeur propre s'imposant aussi à Dieu, il ne contribue en rien à cette valeur en tous cas. — Nous croyons que cette conception est critiquable. — *Contra* Poincaré qui dit qu'on ne peut pas *démontrer* (par la raison) qu'il faut obéir à Dieu, mais que, si nous aimons Dieu, nous lui obéissons par l'amour (cité d'après Benrubi : *Les sources et les courants de la philosophie contemporaine*, t. I, pages 369-370). Cela nous paraît acceptable.

conforme à elles (115). Ce sont, donc, l'intuition, le sentiment, les « forces obscures de l'âme humaine » en général, qui ont un rôle prépondérant dans la détermination d'une *fin* à l'homme et dans la motivation de la volonté humaine à suivre cette fin. Employées dans ce sens, toutes ces appellations se concentrent chez Géný — nous semble-t-il — en une seule : la *croissance* : « Nous affirmerons ces règles (du droit naturel) sinon en vertu d'une science positive, du moins en témoignage d'une croissance, fournissant à notre action une base ferme », dit Géný (116); et encore : « Ces éléments (objectifs, du droit naturel) ne se révéleront, que sous l'effort d'une investigation véritablement scientifique, mise en mouvement par un élan de croissance; l'une et l'autre de ces deux forces (science et croissance) étant également nécessaires pour tracer sa voie à la volonté humaine. Dès lors, une recherche de *droit naturel* conduite à la fois par la raison et l'intuition interrogeant ensemble l'expérience, reste indispensable » (117), — et enfin : « Si l'on veut se convaincre intimement de l'existence du droit naturel, il faut se fier, à la fois, à la croissance et à la raison : la première, qui nous illumine de la foi à la justice, la seconde, qui en analyse le sens profond » (118).

(115) V. Géný : *op. cit.*, t. I, pages 16, 92 (« on ne saurait, sans puiser en une source supérieure de conviction, prétendre soit à apprécier les résultats des faits observables, soit à diriger les efforts de l'humanité vers sa fin »), 133, 183 (où il définit l'intuition comme une sorte de sympathie intellectuelle, qui doit nous révéler la réalité même), 184 (où il l'appelle « le contact incessant avec les réalités, plus sensibles qu'intelligibles, que nous offre la vie morale ou sociale »), 187, t. II, p. 5 (où il résume ainsi le résultat des investigations du t. I : « L'investigation scientifique, assujettie, pour conserver son caractère spécifique, aux cadres rigides d'une procédure principalement *intellectuelle*, ne pouvait atteindre pleinement son but qu'à la condition de *corriger* et de *compléter* les moyens, étiés et conventionnels, de cette procédure, par une activité *plus décisive* et *plus féconde*, issue des puissances intimes de notre être »), 6, 7-8 (« La prépondérance, dans le diagnostic des normes à dégager, appartiendra à ces puissances complémentaires de l'investigation scientifique, qui, ailleurs, demeurent à l'arrière-plan... (à) cette sorte de sympathie intellectuelle... l'intuition »), 9, 10 (« il reste essentiel de séparer les modes divers de l'élaboration à poursuivre et de reconnaître l'importance primordiale de l'intuition, pour suggérer les fins désirables vers lesquelles nous conduira l'intellect »), 17, 85, etc.

(116) Géný : *op. cit.*, t. II, p. 8.

(117) *ib. op. cit.*, t. II, p. 421.

(118) *ib. op. cit.*, t. IV, pages 219-220.

Ainsi, donc, la *raison* et la *croissance* vont ensemble dans la découverte et l'application du droit naturel. Mais Génv ne nous cache pas que c'est, en réalité, la *croissance*, mieux : la foi (119), seule, qui peut nous donner « l'explication, seule décisive » (120) du caractère impératif de la règle de droit. Car « comment découvrir dans la nature, — fût-elle interprétée par les plus sensibles facultés de l'entendement, — des règles, que la volonté doit consentir à suivre, sous la menace de sanctions, dont elle ne trouve pas l'autorité en elle-même, et qui pourtant la dominent de façon efficace » (121). C'est, selon M. Génv, la philosophie traditionnelle, qui « sur le simple fondement de l'expérience, interprétée à l'aide de toutes les puissances de la raison », nous autorisant à « affirmer... le dualisme, voire le pluralisme... le théisme avec ses conséquences nécessaires, la distinction fondamentale entre l'homme et les autres êtres créés... l'immortalité de l'âme humaine, sa liberté essentielle, sa sublime destinée vers Dieu » (122), nous fournit la réponse très aisée de ce problème : « L'homme, doué de raison et de liberté, et qui... n'est pas suffisamment dirigé par l'instinct, a besoin d'une norme (règle de conduite), établie par une autorité suprême, qui se propose à son intelligence, sous l'impulsion du sentiment, et dont l'exécution dépend de sa volonté. Telle est la règle morale, émanée de Dieu, qui l'impose à l'homme, sous des sanctions d'ordres divers » (123). Et quoique Génv pense (124) que les « principes intermédiaires », adoptés par tous, indépendamment de la philosophie générale que l'on professe, peuvent nous fournir, au besoin, aussi une base pour le droit, il reste toujours vrai que l'explication décisive vient de cette philosophie générale, professée par Génv, de cette foi en

(119) Comme le dit M. Ripert (*Droit naturel et positivisme juridique*, p. 30) : « Il ne suffisait pas de parler de croissance, il fallait parler de foi. Il ne suffisait pas de s'adresser à la philosophie traditionnelle, il fallait se prévaloir de la morale religieuse ». — Nous verrons pourtant comment Génv veut éviter de fonder le droit naturel sur la base religieuse.

(120) Génv : *op. cit.*, t. II, p. 363.

(121) Génv : *op. cit.*, t. II, p. 354.

(122) Génv : *op. cit.*, t. II, p. 356.

(123) *ib. op. cit.*, t. II, p. 360.

(124) *ib. op. cit.*, t. II, p. 362-365.

Dieu (125). Ici s'impose une remarque : nous ne voyons pas très clairement comment M. Gény peut tirer de l'*expérience seule* toute une philosophie générale, si riche. Cela est important, car l'on pourrait dire que, puisqu'elle est tirée de l'expérience seule, elle doit être professée également par tous. Nous croyons qu'on ne peut, de l'expérience seule, tirer, parmi tous ces principes que M. Gény en déduit, qu'un seul : la liberté humaine. Mais comment tirer d'elle le théisme, et la règle à suivre ? L'expérience se rapporte à la nature, certes, or, n'avons-nous pas cité M. Gény lui-même déclarant qu'on ne peut pas tirer de la nature des règles à suivre ? Mais laissons cela ; ce que nous voulons constater c'est l'importance attribuée par M. Gény à l'élément irrationnel dans la découverte des valeurs et des règles ; — et nous croyons l'avoir montrée par des citations, quelque peu longues, peut-être.

(125) Comp. Ripert : op. cit., p. 21. Il affirme nettement que c'est une croyance religieuse seule qui fournit cette réponse. — Gény a cependant, dans son article : *La laïcité du droit naturel* (« Archives », 1933, N° 3-4, pages 7-27), encore plus nettement souligné sa conviction que le droit naturel peut être complètement laïcisé, se baser non pas sur une Religion, ni sur la croyance en Dieu, ni sur une révélation surnaturelle, mais seulement sur la nature et la raison, accessible à tous. Le droit naturel, dit-il (p. 16), doit être universel : « Or, cela ne peut être, que s'il est puisé à un fonds commun : la nature, et par des moyens accessibles à tous : la conscience, la raison ». Si le droit naturel se base sur les religions et les croyances, qui sont très différentes, il ne peut être universel. Il reconnaît pourtant encore que, seule, une idée transcendante peut justifier pleinement le droit naturel, mais il considère que cette idée peut être fournie par la sagesse commune (philosophie), sans une révélation : « La révélation est un surcroît, s'ajoutant aux clarifications de la raison naturelle » (p. 17). — Nous sommes pleinement d'accord sur ce point avec M. Gény (M. Le Fur a fait le même effort) ; nous considérons aussi que le droit naturel ne peut être universellement accepté tant qu'il ne sera pas libéré de l'empreinte religieuse. Notre dessein consiste, ici, précisément dans l'essai de trouver un droit objectif admissible par tous, un droit basé non sur la croyance, mais sur la science. Mais indépendamment de tout cela, ce que nous voulons constater, c'est que, même laïcisé, le droit naturel ne se base pas sur la raison seule, mais aussi sur la croyance, sur l'élément irrationnel. Cet élément subsiste toujours, donc. La science du droit doit considérer cet élément comme un fait, égal à tous les autres, et fonder, si possible, néanmoins, un droit objectif sur ce fait de croyance. Comment, nous le verrons dans la deuxième partie de cette étude. — Ajoutons ici encore une remarque : Mlle Piot a reproché à Gény (*Droit naturel et réalisme*, thèse, Paris, 1930, pages 84-90), également comme à M. Le Fur, qu'il a fait appel aux « forces obscures de l'âme humaine », pour connaître le droit naturel. Elle croit que, le droit naturel étant créé par Dieu et puis « abandonné » dans la nature, il peut être découvert par la raison seule. Par cette laïcisation du droit naturel, et aussi par la séparation du donné rationnel — constituant l'essence du droit naturel —, découvert par la raison raisonnante seule, et du donné idéal, découvert par les « forces obscures », nous croyons que le reproche de Mlle Piot à l'encontre de Gény devient injustifié.

Selon M. Le Fur également, ce n'est pas la raison raisonnante qui nous découvre la valeur objective, la justice. C'est au contraire une faculté de notre âme qu'il appelle « sens spirituel » et qu'il définit ainsi : « De même que nos sens corporels nous donnent directement les sensations du toucher, de la vue, de l'odorat, de même nos sens spirituels nous donnent directement et non pas après de longs raisonnements les notions de bien, de juste, de beau, de vrai » (126). Guidé par ce sens de juste, et en s'aidant par la raison raisonnante, l'homme parvient à découvrir la règle à suivre.

Cette conception de sens spirituels a été critiquée, on a dit que c'est une conception *mystique*, qui ne peut pas être vérifiée positivement (127). Nous croyons que les critiques ont eu tort. C'est, en effet, un fait d'expérience courante que dans nos jugements des valeurs nous ne nous guidons pas exclusivement par notre raison raisonnante, et il n'y a là rien de mystique, comme l'a bien répondu M. Le Fur (128). Il ne peut s'agir ici que de mots, car le mot intuition est plus habituellement employé dans ce sens. Ainsi, selon M. Le Fur, il y a dans chaque valeur des éléments rationnels et des éléments irrationnels, ce que nous admettons pleinement.

27 a. — L'importance de cette « irrationalisation » de la valeur qu'effectue ainsi l'école du droit naturel est immense, à notre avis, car sans l'élément irrationnel, la force obligatoire réelle de la valeur ne peut être comprise (comme nous le verrons dans le chapitre IV). Certes, de même que M. Gény ne lie pas le droit nécessairement à Dieu, en acceptant les « principes et les fins intermédiaires », — de même nous ne voulons pas rechercher le fondement dernier de cet élément irrationnel, de cette croyance, de cet amour et de cette « communion » avec la valeur. Il suffit de constater l'existence de cet élément, de constater qu'il est la source profonde de la force obligatoire réelle de la norme. Nous croyons pouvoir rendre la doctrine de l'école du droit naturel plus claire, en attribuant à cet élément irrationnel le fait de la reconnaissance et de l'application du droit naturel connu, découvert.

(126) V. Le Fur : *Règles générales du droit de la pair*, p. 175 ; comp. *Les grands problèmes*, p. 18.

(127) V. Piot (*Droit naturel et réalisme*, thèse, Paris, 1930), pages 84-90, 109.

(128) V. Le Fur : *Les grands problèmes*, p. 198.

C'est pourquoi nous ne pouvons pas approuver pleinement la séparation que M. Géný a faite entre le donné *rationnel*, produit de la raison raisonnante, de l'intellect, et le donné *idéal*, révélé par l'intuition, non par la raison raisonnante (129), provenant non « d'une prise de conscience rationnelle, mais plutôt de ces forces, mal précisées, qui, sous le nom de croyance, ou de sentiment, déterminent d'une façon mystérieuse mais certaine, des convictions ou des mouvements de volonté » (130), donné idéal qui ouvre ainsi « un large champ aux opinions et aux croyances, pour compléter, prolonger, pousser plus à fond l'œuvre de la raison placée en face des choses » (131), et où se place aussi la croyance religieuse, qui peut élever plus haut vers la perfection l'idéal de Justice que la raison découvre (132). En divisant ainsi les deux données, M. Géný se contredit lui-même. En effet, il a parlé avec une si grande vigueur de l'impuissance de la raison pure à nous découvrir des règles à suivre, à nous pousser à les réaliser, que nous ne pouvons pas admettre la séparation de ces deux données ainsi faite. Cette séparation, en effet, institue deux sortes de valeurs : valeurs purement rationnelles (le donné rationnel), et valeurs purement irrationnelles (le donné idéal). Et encore se trouve-t-il que l'essence même du droit naturel est le donné rationnel, qui est entièrement objectif, immuable (dans ses principes essentiels) et universel, tandis que le donné idéal est subjectif (133), et ne peut être universel (134). La conclusion logique de M. Géný devrait être, au contraire, croyons-nous, que dans chaque valeur il y a des éléments rationnels et des éléments irrationnels. Nous concevons l'élément irrationnel de la valeur comme le moteur essentiel de l'activité humaine, et nous nous demandons comment peuvent être réalisées des valeurs purement rationnelles, la raison raisonnante, sans le sentiment, sans l'amour, sans la « communion avec la valeur », étant impuissante à nous pousser à la réalisation, à l'action. Nous insistons sur la nécessité de maintenir, à côté des éléments rationnels, aussi des éléments irrationnels, comme nous le montrerons (v. chapitre IV, ci-dessous). L'élément irrationnel

(129) V. Géný : *Science et technique*, t. II, p. 386.

(130) *Ib. op. cit.*, t. II, p. 387.

(131) Géný : *La laïcité du droit naturel*, p. 19.

(132) *Ib. op. cit.*, p. 20.

(133) V. *ib.* : *Science et technique*, t. II, pages 387-388.

(134) V. *ib.* : *La laïcité du droit naturel*, p. 21.

nous pousse à réaliser ce que nous avons constaté — principalement par la raison — comme devant être réalisé. — La position de M. Géný se trouve, semble-t-il, inspirée par une autre considération. En effet, il prend la raison et la croyance, l'intuition, uniquement comme moyens de connaissance; il ne pose pas comme nous, au premier plan, la question de l'efficience de valeur, de son influence sur l'activité humaine. Ainsi, il trouve que la raison peut fournir une connaissance plus objective que l'intuition, ce qui semble être vrai. Mais, néanmoins, la contradiction avec ses propres développements sur l'impuissance de la raison subsiste toujours, et la seule solution satisfaisante nous semble la nôtre : admettre la raison comme le moyen de connaissance et l'élément irrationnel comme la source de l'efficience (135).

(135) Il est intéressant de noter ici qu'un critique de Géný, Fraguiero, a critiqué sa conception précisément parce que, dit-il, l'intuition, la croyance, l'élément irrationnel, en général, joue, dans le domaine des *données*, le rôle principal ; critique qu'a essayé de réfuter M. Toutsakovitch (dans sa belle thèse sur Géný : *Elaboration scientifique du droit positif, dans la conception de F. Géný*, Paris, 1938), soulignant la nécessité que, lors de la constatation de toutes les *données*, interviennent toutes les facultés de notre être (v. par ex., p. 72, où il souligne que la « création ou la découverte de ce principe ultime — de la Justice — est le fruit de notre être entier » et cite à l'appui Géný, et pages 89-91, et, pour la critique de Fraguiero, p. 77 et suiv.).

La situation semble ainsi paradoxale : Fraguiero dit : « La connaissance du droit naturel est laissée totalement à l'intuition, à la compénétration de la raison avec la vie, en vue d'ausculter « l'élan vital » et de découvrir ses articulations », M. Toutsakovitch affirme que non seulement l'intuition, la raison raisonnante aussi a sa part aussi bien dans la découverte de toutes les quatre données que dans la construction technique, — nous, enfin, prétendons que dans le donné rationnel la raison seule intervient, et dans le donné idéal, l'intuition, l'irrationnel. — Nous avons longuement réfléchi avant de formuler notre remarque et notre critique, et nous considérons qu'elles sont exactes. En effet, Fraguiero définit l'intuition comme « la compénétration de la raison avec la vie ». Une telle définition englobe aussi bien ce que Géný appelle la raison raisonnante que ce qu'il appelle l'intuition, la croyance (Géný dit que le contenu de la Justice — Justice qui est tout le donné *rationnel* — ne peut être donné que par la « *raison scrutant la nature des choses* » — *Science et technique*, t. II, p. 392), et le problème se ramène à une question de terminologie. En outre, Géný reconnaît lui-même que, dans la concrétisation du donné rationnel, intervient nécessairement l'intuition aussi. — Quant à M. Toutsakovitch, il n'a pas prouvé que Géný assigne un rôle égal à toutes les facultés de notre âme lors de la découverte du donné rationnel, du « juste objectif ». Il a plutôt souligné la nécessité d'une telle solution, qu'il n'a prouvé que Géný l'adopte. (Nous soulignons encore une fois que Géný reconnaît comme nécessaire, pour donner la « seule explication décisive » de l'énigme du droit naturel, l'intervention de l'élément irrationnel, de la croyance, — mais qu'il se con-

C'est pour cela que la tentative de M. Le Fur d'introduire l'élément irrationnel dans la notion de valeur nous semble beaucoup plus harmonieuse. En effet, selon M. Le Fur, il y a, à côté des donnés naturel et historique, un seul donné *humain*, embrassant les donnés rationnel et idéal de Géný, et que M. Le Fur définit ainsi : « Le donné humain lui-même (est) la conscience, l'intelligence de l'homme, sa raison au sens le plus large du mot, comprenant à la fois l'esprit de finesse et l'esprit de géométrie comme disait Pascal; aujourd'hui on oppose plutôt l'intuition et la raison logique » (136). Par conséquent, selon M. Le Fur, chaque valeur contient des éléments rationnels comme des éléments irrationnels, l'idéal lui-même, qui est, d'après M. Géný, suggéré par l'intuition, d'après M. Le Fur, un élément rationnel aussi, car « Que peut être cet idéal, sinon celui qu'indique la raison ? », demande M. Le Fur (137).

Mais M. Le Fur est allé encore plus loin sur le chemin que nous croyons bon pour la détermination d'un phénomène aussi complexe que la valeur. Il invoque expressément, comme Bergson, l'amour comme le motif le plus fréquent qui nous pousse à la réalisation de valeurs (138). Il nous semble donc bien permis d'en conclure que M. Le Fur assigne, au fond, à l'élément irrationnel le même rôle que nous : celui du moteur de notre activité, rôle qui se dégage aussi de l'esprit de la conception de M. Géný, mais qui nous paraît être contrarié par la séparation que M. Géný fait entre

tente, à la rigueur, dans la découverte du donné rationnel, de la raison seule). — Par conséquent, nous restons sur notre position. Nous précisons, donc, que, à notre avis, la raison seule peut découvrir la valeur, mais ne peut pas nous pousser à la réalisation. M. Toutsakovitch, au contraire, pense que la valeur suprême, la Justice, ne peut être découverte que par la participation égale de toutes nos forces. — Encore une dernière remarque, qui touche plus particulièrement notre sujet : M. Géný, également comme M. Le Fur, pense que seule la philosophie traditionnelle peut nous fournir l'explication dernière de l'existence et de la nécessité du droit naturel, et, en général, d'une norme obligatoire qui réglera la conduite humaine, en poussant l'homme à conformer, librement, sa conduite à cette norme. A nous aussi, cette philosophie traditionnelle nous semble la plus admissible. Mais nous croyons, avec M. Ripert (v. son *Droit naturel et positivisme juridique*, p. 35), que chaque croyance, quelle qu'elle soit, peut expliquer la force obligatoire de la norme, pourvu qu'elle soit une croyance, c'est-à-dire professée intimement par celui qui obéit à la norme.

(136) Le Fur : *op. cit.*, p. 115.

(137) *Ib. op. cit.*, *loc. cit.*

(138) *Ib. op. cit.*, p. 68, surtout note 1, et pages 69-70.

le donné rationnel et le donné idéal. Il ne faut pourtant pas oublier d'une part, que, selon M. Gény lui-même, une fois le « juste objectif » déterminé par la raison seule, pour le concrétiser et le rendre pratiquement applicable, l'intuition doit nécessairement collaborer avec la raison (139) (on comprend toujours ici la raison raisonnante); — et, d'autre part, que, d'après M. Le Fur, l'irrationnel, sous forme de « sens spirituel », joue un rôle très important, même primordial, dans la connaissance même de la valeur. Ainsi, entre M. Le Fur et M. Gény, il y a ce point de contact que, suivant les deux, l'irrationnel joue un certain rôle aussi bien dans la connaissance que dans la réalisation de la valeur, de la justice, et cette divergence, que, d'après M. Gény, le « juste objectif » est découvert essentiellement par la raison raisonnante, et d'après M. Le Fur, le « juste » nous est donné essentiellement par un élément irrationnel : le « sens spirituel », « directement et non pas après de longs raisonnements ».

Dès lors, du point de vue de Gény, sa distinction entre les deux données est justifiée, car, d'après lui, c'est la raison seule qui est le moyen de connaissance le plus sûr, qui peut nous découvrir des valeurs objectives, universelles; par conséquent, c'est le donné rationnel seul, découvert par la raison, qui est objectif, non le donné idéal (140). La position de M. Le Fur, nous serions incliné à l'interpréter ainsi : avec nos moyens de connaissance (sens spirituels et raison raisonnante), nous arrivons à découvrir des vérités essentielles, objectives, mais pauvres de contenu, qui ont besoin d'être concrétisées. La concrétisation dépend des faits, de l'état de civilisation, de la croyance des masses, bref des éléments changeants, et là il n'y a pas de place pour des vérités strictement objectives (là est le domaine du droit naturel *lato sensu*, du droit rationnel comme l'appelle M. Le Fur). Et les « sens spirituels » ne sont pas inférieurs à la raison quant à la découverte de la valeur objective.

(139) V. Gény : *Science et technique*, t. II, p. 393, où il dit que les notions inférieures, tirées de la notion du « juste objectif », comme notion suprême, « perdront de leur fermeté primordiale... s'écarteront quelque peu de l'évidence rationnelle, pour s'appuyer sur l'idéal et substituer ses suggestions à la force invincible du vrai reconnu tel par l'esprit ». — Dans cet aveu de Gény, nous voyons la preuve qu'il n'est pas possible de séparer ces deux éléments de la valeur, le rationnel et l'irrationnel.

(140) Ce point est bien mis en lumière par M. Toutsakovitch : *op. cit.*, pages 157-159.

Nous sommes d'accord, avec M. Gény, pour considérer que la raison raisonnante est un moyen plus objectif de connaissance (dans le sens qu'elle nous permet de « communiquer » plus facilement nos connaissances et d'en convaincre les autres), mais nous considérons, avec M. Le Fur, que, pour la réalisation des vérités découvertes, c'est l'élément irrationnel, l'amour surtout, qui est primordial, et que, en outre, la raison ne peut pas nous découvrir toute la complexité du monde (ce qui, du reste, se dégage aussi des développements de M. Gény). En somme, ce problème de la séparation de deux données se ramène au problème de l'existence d'une vérité objective dans le domaine juridique et des moyens de connaissance aptes à la découvrir, problème que nous ne traiterons pas ici (v. chapitre IV, et la II^e partie de cette étude).

On voit bien la ligne de l'évolution du droit dans la doctrine du droit naturel : on part de l'existence d'une valeur juridique objective, valable universellement, et on arrive à l'adoption, à la reconnaissance de cette valeur par le sujet, et à l'amour comme motif d'action. Nous ne pouvons pas adopter l'existence d'une valeur objective, car, du point de vue strictement positiviste, elle ne peut pas être prouvée, mais nous acceptons, avec l'école du droit naturel, sa conception de la force obligatoire (avec la distinction de trois sortes de cette force), très nuancée et rapprochée de la réalité, conception qui, en liant l'idéal et le réel, nous fournit le seul solide fondement de cette force : la valeur.

§ 2. — *La théorie de M. Bonnard*

28. — Nous classons M. Bonnard dans le même chapitre que l'école du droit naturel, parce qu'il a essayé également de fonder la force obligatoire normative sur une valeur objective. Sa théorie est très intéressante, parce qu'elle nous démontre qu'il est difficile de trouver un fondement stable à la valeur objective sans une accentuation suffisamment forte de la métaphysique. Sa théorie représente, nous semble-t-il, un échec complet, par rapport à son point de départ.

M. Bonnard commence (141) par une critique, à notre avis, très exacte, de l'école *volontariste* [nous dirions plutôt : subjectiviste

(141) Nous exposons ici sa théorie d'après son article : *L'origine de l'ordonnement juridique*, dans « Mélanges Hauriou », pp. 33-77.

(142)] et de sa conception de la norme : la volonté, dit-il (p. 47), ne peut agir que dans le domaine de la réalisation des normes, non dans le domaine du *devoir être*, dans l'élaboration des normes, car « il faut que l'impératif lui (à la volonté) vienne de l'extérieur puisqu'il est l'élément de sa détermination ». Autrement dit, la valeur, pour être obligatoire, pour constituer un impératif pour la volonté, doit être une valeur objective. La critique de M. Bonnard est exacte en ce sens que ce n'est pas notre volonté qui crée la norme, l'impératif (143), — car alors comment pourrait-il s'imposer à la volonté ? —, mais que l'impératif vient s'imposer à notre volonté par un facteur extérieur à elle (144). Seulement, ce facteur, croyons-nous, ne peut pas être situé en dehors de notre conscience, de notre Moi; il doit être dans nous, il est *notre* jugement de valeur, et, dans ce sens, il est subjectif. Mais la volonté est soumise à ce jugement, qui est complexe; la volonté ne peut pas s'y opposer (elle peut refuser de le réaliser, mais seulement sous le commandement d'un autre impératif de même ordre; elle ne peut pas le nier, ni détruire sa force obligatoire). En ce sens, M. Bonnard critique bien les théories d'après lesquelles c'est la volonté qui crée le jugement (p. 46).

Il critique aussi la théorie *subjectiviste*, d'après laquelle l'essence de la valeur consiste dans un état affectif du sujet à l'égard de l'objet (cet état affectif étant le plaisir ou le désir), dont résulte le jugement de valeur (p. 54-55), parce qu'une telle valeur ne peut

(142) Comp. Emmanuel : *op. cit.*, p. 88, qui, au contraire, pense que la distinction à faire est celle de : idéalisme-réalisme.

(143) Dans ce sens, il nous semble que ranger Durkheim parmi les volontaristes, comme le fait M. Bonnard, est peut-être exagéré. En effet, Durkheim affirme que c'est une volonté (nous disons : volonté, à la rigueur, car Durkheim ne dit pas : volonté, mais conscience collective qui crée l'impératif, la norme ; donc, cette volonté étant collective est extérieure à la volonté individuelle, par conséquent objective, et, par la suite, apte, d'après M. Bonnard lui-même, à fonder un impératif. Nous dirons, quand nous aurons à parler de la théorie de Durkheim, que celui-ci a justement voulu trouver un support *objectif* à l'impératif, et qui, pourtant, pour éviter toute métaphysique, ne serait pas Dieu. — Mais M. Bonnard ajoute qu'une norme créée par la conscience collective ne peut être que subjective, dépendre du sujet, qui est la conscience collective elle-même. Une norme est subjective si elle est créée par le sujet ; pour être objective, elle doit être, d'après M. Bonnard, « inhérente à l'objet ». Durkheim, donc, reste subjectiviste, parce qu'il adopte cette conception subjectiviste de la valeur (valeur *créée* par le sujet, non *constatée* dans l'objet). Mais cela n'infirme pas notre affirmation qu'une valeur créée par la conscience collective reste objective par rapport à une volonté individuelle.

(144) Comp. Bonnard : *Droit naturel et droit positif*, pp. 6-9.

être qu'un motif d'action, non « le devoir être de cette action... De la valeur subjective il peut sortir une action, mais non une règle d'action », dit-il. Si l'on admet, pourtant, qu'une règle d'action peut en sortir aussi, cette règle ne peut être qu'individuelle, non générale. Une norme générale, donc, ne peut être fondée que par une valeur objective, universelle, c'est-à-dire reconnue par tous. Or, une valeur conçue comme la conçoit la doctrine subjectiviste, ne peut pas, par définition, être universelle, car l'état affectif, sa substance, est essentiellement variable selon les individus. « Sans doute, un état affectif pourra *en fait* se généraliser. Mais, logiquement, on ne peut dire qu'il *doit* se généraliser » (p. 56). La valeur subjective, même si on la transpose, comme l'a fait Durkheim, dans la conscience collective, ne peut être objective, parce que « C'est la volonté de ce sujet (conscience collective) qui viendra déduire la norme de son état affectif, pour vouloir qu'elle soit » (p. 57).

Ainsi donc, selon M. Bonnard, pour avoir une norme générale, acceptée par tous (p. 60), il faut la fonder sur une valeur *objective*, qui, d'après lui, est « une qualité inhérente à l'objet, indépendamment de toute intervention du sujet », existant dans l'objet, non dans le sujet. Mais une telle valeur objective ne pourrait jamais être réellement obligatoire pour le sujet. M. Bonnard essaie par conséquent de lier la valeur objective au sujet, de la « subjectiviser », dans un sens. Elle se lie au sujet parce qu'elle se projette dans le sujet et y détermine un état affectif, donc précisément ce qui constitue la valeur subjective. L'état affectif est ainsi, non la *substance*, mais la *conséquence* de la valeur (p. 58). Cette *qualité inhérente* de l'objet « consiste dans l'appropriation de l'objet à une certaine fin ». La valeur provient, donc, de la finalité, « l'objet *est* objectivement par la causalité, et il *vaut* objectivement par la finalité » (p. 59). Mais comment s'opère ce jugement de valeur ? Comment connaissons-nous le devoir être ? — Très simplement. « Le processus se réalise de la façon suivante. La connaissance théorique, après avoir émis sur l'objet un jugement d'existence, poursuivant son analyse, vient constater que cet objet est approprié à une certaine fin et elle le formule : c'est là le jugement de valeur... En réalité, il n'y a que des jugements de réalité dont les uns expriment qu'une chose est — ce sont les jugements d'existence, — et les autres ce qu'elle vaut — ce sont les jugements de valeur » (p. 62).

Et comment de ce jugement de valeur provient le devoir être? — En raison du jugement de valeur, une chose ou un acte devient préférable à l'autre; cette préférence « indique ce que cette activité doit être; elle établit sa norme. Il y a bien là une norme, la formule d'un devoir être; un impératif est édicté. Car... la valeur constatée ne se borne pas à déterminer le contenu d'une certaine activité; elle lui impose aussi un impératif... Le jugement de valeur implique en lui-même un impératif » (p. 63). Ensuite vient la volonté qui réalise la norme imposée à elle; elle est aidée par l'état affectif (douleur ou plaisir), provoqué par la valeur. Si la valeur objective ne provoque pas cet état affectif, alors vient la sanction, pour provoquer la décision de volonté, ou renforcer l'état affectif (pp. 64-65).

29. — Telle est la doctrine de M. Bonnard, très cohérente et séduisante. Son mérite est de souligner fortement que la force obligatoire de la norme ne peut être conçue sans la notion de valeur. Mais sa conception d'une valeur *objective* nous semble discutable.

Quel est, en effet, le fondement de l'impératif, selon M. Bonnard? C'est le jugement de valeur, impliquant un impératif. Nous sommes complètement d'accord avec M. Bonnard sur ce point; en effet, un jugement de valeur implique un impératif, un devoir être. Mais pour qui? Ici surgit une difficulté. Nous pouvons émettre un jugement de valeur obligatoire pour nous, mais non pas pour les autres: un tel jugement ne provoque pas en eux cet état affectif, dont parle M. Bonnard, ce jugement n'a donc pas institué pour eux un impératif, et il ne peut les pousser à la réalisation de la valeur. Quant à la sanction, elle ne peut non plus fonder l'obligation; elle est un fait, non une valeur, — elle ne peut pas provoquer le sentiment de l'obligation normative chez celui qui n'adopte pas notre jugement de valeur comme obligatoire aussi pour lui. M. Bonnard a bien vu que, pour la réalisation d'une valeur, fût-elle objective, il est nécessaire qu'elle se subjectivise, qu'elle provoque cet état affectif, qui n'est, en effet, que l'élément irrationnel de la valeur que nous avons constaté déjà. Mais il n'explique pas comment une valeur purement objective, une qualité inhérente de l'objet, peut provoquer en nous cet état affectif. Il faut pour cela dire que la valeur est constituée par un idéal, par un appel à la réalisation, bref par une fin, si l'on ne veut pas affirmer que cet

état affectif est provoqué suivant les lois causales, auquel cas il n'y aurait plus de norme, puisqu'il n'y aurait plus de liberté. On ne voit pas comment la simple « connaissance théorique », les simples jugements de réalité peuvent nous suggérer des impératifs, nous fournir une valeur, un idéal obligatoire et efficient. Constaté l'appropriation d'un objet à une certaine fin, ce n'est pas suffisant pour fonder un impératif, un devoir être, une norme. En effet, je peux bien constater qu'un fusil est approprié à tuer, mais tuer a deux sens : tuer lors de la défense légitime, tuer en vue d'un assassinat. Est-ce la valeur objective de M. Bonnard (se définissant comme appropriation d'un objet à une fin) qui va fonder l'impératif pour moi de tuer, et de tuer aussi bien en me défendant qu'en assassinant ?

Nullement ! Et nous sommes étonné que M. Bonnard ne l'ait pas souligné lui-même, n'ait pas lié l'impératif non à la valeur objective, mais à la fin, fin d'après laquelle on juge la valeur d'un objet. En effet, si un objet a une valeur objective parce qu'il est approprié à une certaine fin, c'est évidemment en raison de ce que la fin elle-même constitue une valeur éminente et primordiale. Or, cette fin, qui est la vraie valeur et la source véritable de l'impératif, elle diffère beaucoup de la valeur objective de M. Bonnard. Elle est autre chose qu'une simple constatation de la « connaissance théorique », elle n'est pas un simple jugement de réalité. C'est la fin qui nous dictera l'emploi du fusil, non la « qualité inhérente » de celui-ci.

Et avec les fins, sommes-nous toujours dans l'objectivité et dans l'universalité ? Nous en doutons fort. En effet, tout le monde peut également constater l'appropriation d'un objet à une fin, car il s'agit d'un jugement de réalité. Mais tout le monde ne constate pas également les fins, car il s'agit de jugements de valeur. En effet, pour les uns, le fusil doit être employé pour tuer (même pour assassiner), pour les autres non. Comment trouver ici une fin objective ? Nous ne voyons pas d'autre issue que celle de l'école du droit naturel, confirmée par l'école sociologique aussi : le consentement des « honnêtes gens ». M. Bonnard ne s'en préoccupe pas du tout, il ne nous donne pas le critérium d'objectivité des fins. La fin, donc, paraît être beaucoup plus subjective que la valeur objective de M. Bonnard, valeur qui, précisément, dépend de la fin (145).

(145) Comp. dans le même sens : Emmanuel : *op. cit.*, p. 88.

La construction de M. Bonnard ne peut être sauvée qu'à ce prix : reconnaître qu'il y a des fins objectives, universellement admises comme obligatoires, dont découle l'impératif de les réaliser ; dire que, ensuite, vient la « connaissance théorique » pour constater les valeurs objectives, dans le sens de M. Bonnard, et que, enfin, sur la base de cette constatation s'établissent des normes, générales.

Mais, évidemment, on ne peut nullement dire que l'impératif provient des valeurs objectives, qui ne sont que de simples faits, constatés par les jugements d'existence provenant de la connaissance théorique.

30. — Il nous semble, d'autre part, que la critique de la conception subjective des valeurs que fait M. Bonnard n'est pas de tout repos. Nous admettons aussi, avec M. Bonnard, que la valeur ne consiste en de simples états affectifs, qui sont très instables. Mais nous ne pouvons pas agir selon les valeurs sans un tel état affectif. Une valeur purement objective ne peut pas nous pousser à l'action, elle serait inefficace. Ce que nous pouvons, donc, savoir, ce que nous pouvons saisir, ce sont précisément les valeurs subjectives seules, les valeurs existant dans nos consciences, accompagnées des états affectifs.

Peu nous importe de savoir d'où vient cette valeur dans notre conscience ; il suffit d'en constater là l'existence.

De même, la valeur étant nécessairement subjective dans le sens défini, il s'ensuit que la norme générale n'est pas possible sans qu'une valeur universelle existe, dont la norme sera la conséquence. Nous n'avons pas le droit de proclamer notre norme à nous pour la norme générale, obligatoire pour tout le monde. Et pour qu'une norme individuelle devienne une norme générale, il suffit — quoique M. Bonnard pense le contraire — qu'elle soit généralisée *en fait*. Du point de vue purement théorique, on ne peut pas alors tirer d'elle une norme générale, on ne peut pas la proclamer comme devoir être, comme obligatoire même pour ceux pour lesquels elle n'est pas, en fait, obligatoire de leur point de vue, — mais on peut le faire *pratiquement*. Le droit est une discipline pratique, qui ne peut pas tenir toujours compte de toutes les exigences strictes de la théorie ; le droit est une discipline de conflits, mais aussi de compromis, comme la vie ; — et (on sera peut-être étonné) comme les mathématiques, au moins celles appliquées, car là aussi il y a des « quantités négligeables » et des fautes tolérées.

CHAPITRE III

LES THÉORIES SOCIOLOGIQUES

31. — Ce groupe de théories s'appuie essentiellement sur la sociologie, emploie des méthodes et des analyses sociologiques, en ajoutant quelquefois plus ou moins des éléments purement métaphysiques. Leur trait principal commun est de considérer le droit, la norme juridique, comme des faits sociaux, comme le produit de la société. La norme *est*, un phénomène du monde réel, non ce qui *doit* être; son essence consiste dans le *Sein*, non dans le *Sollen*. Et puisqu'elle est, il faut examiner pourquoi elle est, et comment elle est. Elle ne peut pas être séparée de sa représentation dans notre conscience, c'est cette représentation, non son contenu idéal, qui est son essence même; elle est un processus psychique, et non pas seulement l'objet de ce processus. Par conséquent, la norme peut être entièrement soumise aux lois causales et expliquée par elles. « Si nous pouvons, dans le domaine des mathématiques et de la logique, reconnaître des éléments existant comme valeur indépendamment de leur représentation psychologique... pouvons-nous admettre la même situation dans le domaine des valeurs juridiques et politiques ? Il s'agit nécessairement là des valeurs réalisées au point de vue psychologique et sociologique, exerçant une influence causale », dit notre éminent maître M. Le Doyen Tassitch (146), et dans ces mots nous voyons le plus clairement exprimée la tendance de l'école juridique sociologique, comme nous la concevons.

On voit bien quelle est l'importance de ces théories, quelle innovation méthodologique elles introduisent dans la théorie juridique. Elles renoncent à expliquer la naissance de la norme et sa force obligatoire par des valeurs existant indépendamment de

(146) Tassitch : *L'Etat et le droit*, p. 181.

nous, placées si haut qu'il est difficile de voir la possibilité de leur influence réelle sur l'homme, — ou par un principe rationnel, ou par Dieu. L'école sociologique a fait descendre la norme du ciel sur la terre, parmi nous, comme l'on disait de Socrate, à propos de la philosophie; — elle a fouillé en nous, êtres réels, imparfaits, sensibles et complexes, nécessairement sociaux, selon le mot célèbre d'Aristote; elle a cherché nos vrais désirs, nos sentiments, nos faiblesses; au lieu de découvrir un droit idéal et objectif, elle a tenté de découvrir un droit vivant en nous, de tirer la norme des faits « positifs », dans le sens de Comte.

Tout ce bel effort pourtant était menacé d'un grand danger : tomber dans un matérialisme, chasser l'esprit et l'idéal, nos plus nobles aspirations, ce qui nous fait homme, de notre vie et du droit, — identifier la norme non pas avec les faits, mais avec les faits physiques et matériels, l'expliquer complètement par les causes nécessaires et aveugles, nier notre liberté, sans laquelle l'homme ne serait pas ce qu'il est, nier notre force créatrice, que nous sentons si fortement en nous. Nous verrons que l'école sociologique, malgré ses grands efforts, n'a pas complètement réussi à éviter ce danger.

Bien que toutes basées sur les principes essentiels que nous avons essayé d'exposer ici, les théories sociologiques se distinguent entre elles par leurs conceptions du fait social même et de la norme comme un tel fait. Nous les diviserons ainsi en deux groupes : celles qui fondent la force obligatoire de la norme sur la *conscience*, et qui sont ainsi plus proches des théories normativistes que nous avons exposées jusqu'ici, — celles qui la fondent sur le besoin *socio-biologique*. Toute classification étant artificielle, il est évident que les premières théories tiennent aussi compte de l'élément biologique, et les secondes de l'élément psychique.

SECTION PREMIÈRE

Les théories basées sur la conscience

Ces théories se distinguent selon leur conception de la conscience et de son rôle dans la norme.

§ 1. — *La théorie organiciste*

32. — Cette théorie a été défendue en Amérique par Spencer, en Allemagne par Schöffle, en France par Espinas (147). On peut dire qu'elle représente la sociologie primitive, bâtie selon le modèle de la biologie (148), imprégnée de l'esprit naturaliste et matérialiste, en face de la sociologie moderne, représentée essentiellement, en France, par l'école de Durkheim et par Tarde, qui distingue le social du biologique. Selon cette théorie, donc, la société est un organisme complet et parfait, tout à fait semblable à l'organisme biologique. On connaît bien les exagérations puériles par lesquelles Schöffle apparentait la société à l'organisme; mais ni Spencer ni Espinas n'étaient pas si éloignés d'une telle conception. Selon Spencer la société est un organisme, biologique, mais non pas aussi psychique, c'est-à-dire que la société n'a pas sa conscience organique distincte. Espinas, — qui peut être considéré comme le représentant typique de la théorie, car il représente sa « moyenne », — a ajouté à l'organisme social une conscience organique. « Une société est une conscience vivante, ou un organisme d'idées », dit-il (149). La conscience est conçue organiquement, c'est-à-dire comme une substance, nettement définie. Une fois cette conscience dégagée, il était facile de baser les normes sur elle, et de les concevoir comme nécessairement obligatoires pour les individus, membres de la société. Espinas a même essayé de fonder la répression de la violation de la norme juridique sur la sensibilité sociale, conçue comme une fonction biologique de la conscience sociale.

Sur cette théorie, il ne faut pas trop insister. Elle est presque unanimement rejetée. Son hypothèse d'un organisme social est proclamée métaphysique (150). Son principe fondamental : la conscience collective de la société-organisme est difficile à admettre, même si cette conscience n'est pas conçue — comme Espinas, la

(147) V. Davy : *Sociologues d'hier et d'aujourd'hui*. — Durkheim : *Sociologie* (collection « Science française »), pages 8-9. — Worms aussi représente cette école en France (v. Benrubi : *op. cit.*, t. I, pages 266-267).

(148) Selon Espinas, au surplus, il n'y a pas de différences entre les sociétés humaines et animales (v. Benrubi : *op. cit.*, t. I, p. 259).

(149) V. Bouglé-Raffault : *Eléments de sociologie*, p. 11.

(150) V. la critique documentée qu'en fait Jellinek : *op. cit.*, t. I, pages 254-256.

conçoit — comme une « substance » [pour parler le langage de Davy (151)], mais d'une manière beaucoup moins rigide, comme la conçoit Durkheim. Nous discuterons donc cette conception de la conscience collective à propos de la théorie de Durkheim.

§ 2. — *La théorie de la conscience collective*

33. — Si on laisse de côté la théorie organique, qui n'a pas une grande importance, il reste deux grandes théories sociologiques qui se rapportent à la force obligatoire de la norme juridique : celle qui prend comme fondement la conscience *collective*, et celle qui prend la conscience *individuelle*.

Le grand représentant de la théorie de la conscience collective est Durkheim, avec son école. Il a essayé de fonder une sociologie positive : « Pour qu'il pût y avoir une science véritable des faits sociaux, dit-il, il fallait qu'on fût arrivé à voir dans les sociétés des réalités comparables à celles qui constituent les autres règnes ; à comprendre qu'elles ont une nature que nous ne pouvons changer arbitrairement et des lois qui dérivent nécessairement de cette nature » (152) et, sur la base de cette sociologie, d'expliquer aussi des valeurs, des idéaux, et leur force obligatoire. C'est de la conception générale de Durkheim que nous tirerons des conclusions qui peuvent se rapporter également au droit, car le droit n'est autre chose, pour Durkheim, qu'un *fait social*, de même que la morale, la religion, etc... et peut-être le fait social le plus éminent (153).

34. — Examinons, donc, ce que c'est que le fait social. Le principe essentiel de Durkheim est : les faits sociaux doivent être traités comme des choses, c'est-à-dire comme des faits existant en dehors de nous, dans le monde extérieur, réel (154). Pour

(151) V. Davy : *Éléments de sociologie*, t. I, pages 85-86.

(152) Durkheim : *op. cit.*, p. 5 ; v. Fauconnel-Mauss (« Sociologie », p. 165, dans « La grande encyclopédie »).

(153) V. par ex. Durkheim : *Sociologie et philosophie*, p. 141 : « Les principaux phénomènes sociaux, religion, morale, droit, économie, esthétique. Quant à notre déduction de la conception générale de Durkheim, comp. Gény : *Science et technique*, t. II, pages 54-55 ; Cuche : *En lisant les juristes philosophes*, p. 40.

(154) V. Durkheim : *Les règles de la méthode sociologique*, pages X-XI, 6, 8 ; Sectorski : *Qu'est-ce que la sociologie* (en serbe), dans « Archives de sciences juridiques et sociales » de la Faculté de droit de Belgrade, 1938, pages 373-374. — Cette conception de Durkheim a été souvent mal comprise, comme si Durkheim voulait identifier le fait social avec les choses matérielles.

Durkheim, l'opposition idéaliste du fait et de l'idéal; de la représentation de l'idéal, — comme un fait psychique, soumis aux lois causales, — et de l'idéal — comme existant objectivement, en dehors de la conscience — est inconcevable. « On peut dire, dit-il, que tout objet de science est une chose, sauf, *peut-être*, les objets mathématiques », car, pour eux, « il suffit, pour savoir ce qu'ils sont, de regarder au dedans de nous et d'analyser intérieurement le processus mental d'où ils résultent » (155).

Mais un fait social n'est pas une chose matérielle, souligne opportunément Durkheim : « Nous ne disons pas que les faits sociaux sont des choses matérielles, mais qu'ils sont des choses au même titre que les choses matérielles, quoique d'une autre manière » (156).

Examinons de plus près l'essence du fait social, car, comme l'ont bien souligné Fauconnet-Mauss (157), si le fait social ne présentait pas des caractères différents des faits matériels d'une part, et des faits psychiques, individuels, d'autre part, il n'y aurait pas de sociologie, faute d'un objet propre. — Le fait social est, par son essence, la manière de penser ou d'agir, les faits sociaux « consistent tous en façons de penser ou d'agir » (158). « Le fond intime de la vie sociale est un ensemble de représentations » (159); cette vie est faite des représentations et des actions (160). La sociologie est, dans ce sens, une psychologie. Mais si la vie sociale est ainsi d'essence psychique, le danger est qu'elle ne soit pas réduite à des faits psychiques, qui sont individuels (161). C'est ici qu'intervient la conscience collective, support des faits sociaux. C'est la conscience collective, différente et indépendante des consciences individuelles, qui est le substrat du fait social, et qui le différencie des faits psychiques individuels (162). La vie d'un

(155) Durkheim : *op. cit.*, p. XI.

(156) Durkheim : *op. cit. loc. cit.*

(157) V. Fauconnet-Mauss : *op. cit.*, p. 166.

(158) Durkheim : *op. cit.*, p. XVI.

(159) Fauconnet-Mauss : *op. cit.*, p. 171.

(160) V. Durkheim : *op. cit.*, pages IX, XVI.

(161) *Ib. op. cit.*, pages XIV-XV.

(162) Selon Gurvitch (*Essais de sociologie*, p. 117), la conception de Durkheim, d'après laquelle le fait social est une chose, se ramène, en réalité, à ce que le fait social est basé sur la conscience collective, irréductible aux consciences individuelles, et donnée en dehors des individus.

organisme, dit Durkheim (163), ne réside pas dans les parties de l'organisme, éléments chimiques, mais dans le *tout* de l'organisme, unité vivante; de même la vie sociale ne réside pas dans les individus, membres de la société, mais dans la société elle-même : « Les faits sociaux ne diffèrent pas seulement en qualité des faits psychiques; *ils ont un autre substrat* » (164). Le fait social n'est pas le produit individuel, il est le produit de la société et de sa conscience collective, formée « par une pluralité de consciences individuelles, agissant et réagissant les uns sur les autres » (165). Les représentations collectives diffèrent des représentations individuelles, en ce qu'elles expriment les états sociaux, les représentations individuelles exprimant ceux de l'organisme (166). Ainsi, en résidant dans la conscience collective, les faits sociaux peuvent être extérieurs à l'individu, peuvent être des choses, car la conscience collective est extérieure à l'individu (167). Fauconnet-Mauss peuvent ainsi définir le fait social : « Sont sociales toutes les manières d'agir et de penser *que l'individu trouve préétablies* et dont la transmission se fait le plus généralement par la voie de l'éducation », et dire qu'il consistent essentiellement dans les *institutions* (168).

35. — La notion de la conscience collective, support du fait social, ne ressort pas clairement de toutes les explications de

(163) Durkheim : *op. cit.*, p. XV.

(164) *Ib. op. cit.*, p. XVI.

(165) Fauconnet-Mauss : *op. cit.*, p. 166.

(166) *Ib. op. cit.*, p. 172.

(167) Comp. notre note 162.

(168) Fauconnet-Mauss : *op. cit.*, p. 168. — Comp. la définition suivante donnée par M. Gurvitch, qui est synthétique et tient compte de tous les ouvrages de Durkheim : « Sont faits sociaux les états de la conscience collective irréductibles et opaques par rapport à la conscience individuelle, états se manifestant dans des contraintes, des pressions, des institutions, des symboles extérieurement observables, se matérialisant par la transfiguration de la base géographique et démographique et les pénétrant, en même temps, par les idées, les valeurs et les idéaux, auxquels la conscience collective tend, dans son aspect de courant libre de pensée et d'aspiration » (Gurvitch : *op. cit.*, p. 117). — Comp. cette définition de Durkheim même : « Est fait social toute manière de faire, fixée ou non, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure ; qui est générale dans l'étendue d'une société donnée, tout en ayant une existence propre, indépendante de ses manifestations individuelles » (*op. cit.*, p. 19).

Durkheim. Sa comparaison avec l'organisme vivant ne sert à rien ; les membres de la société sont certainement beaucoup plus indépendants envers la société que les parties de l'organisme envers celui-ci. Durkheim se trouve entre deux extrémismes, qu'il ne veut pas également : la conception de la conscience collective comme une substance, défendue par la théorie organiciste (169), et la conception de Tarde qui nie la conscience collective, en ramenant tout à l'imitation mutuelle des consciences individuelles. Il veut tenir le milieu. Et il semble que c'est la matière, le contenu de la conscience, qui distingue la conscience collective de la conscience individuelle. Sa caractéristique essentielle est *collectivité* (170), par opposition à *généralité* (ce qui veut dire que la conscience collective est le produit de la société prise comme une totalité, non pas des consciences individuelles prises séparément et ayant une idée, un contenu identique — tel cas étant désigné comme généralité). En somme la conscience collective ne peut résulter que d'un ensemble de consciences individuelles, agissant les unes sur les autres ; si une idée peut être créée par chacune des consciences individuelles, et ensuite se répandre dans les autres consciences individuelles, cette idée ne constitue pas un fait social, fait qui ne peut être créé que par un ensemble de consciences individuelles formant une totalité nouvelle. Durkheim cherche donc l'essence de la conscience collective dans une *synthèse* des consciences individuelles, synthèse qui est quelque chose de nouveau et de différent des éléments qui la composent (171). C'est pour cela que Bouglé dit : « Pour un Durkheim l'idée maîtresse, l'idée modèle est celle de la synthèse chimique, qui fait apparaître des phénomènes que les propriétés des éléments isolés ne pouvaient faire prévoir » (172). Et Durkheim définit : « Quand les consciences individuelles, au lieu de rester séparées les unes des autres, entrent étroitement en

(169) V. Durkheim : *op. cit.*, p. IX, où il critique cette conception « substantialiste » de la conscience collective, et dit qu'il ne peut pas l'admettre, mais qu'il conçoit la conscience collective comme un ensemble, plus ou moins systématisé, de phénomènes *sui generis* (c'est-à-dire des faits sociaux). Il critique non moins âprement la conception de Tarde.

(170) V. Durkheim : *op. cit.*, pages 14-15.

(171) Comp. Gurvitch : *op. cit.*, pages 147-153.

(172) V. *Préface* de Bouglé à l'ouvrage de Durkheim : *Sociologie et philosophie*, p. XI.

rapports, agissent activement les unes sur les autres, il se dégage de leur synthèse une vie psychique d'un genre nouveau » (173). Mais cette conscience collective, n'étant pas une substance organique, comme dans la théorie organiciste, se trouve dans les consciences individuelles : il y a dans chaque conscience individuelle, pour ainsi dire, deux consciences : une collective, qui, précisément n'est pas propre à l'individu, qui est la société même agissant dans l'individu, — l'autre proprement individuelle (174) : le social « n'existe que dans les consciences individuelles, mais chaque conscience n'en a qu'une parcelle » (175).

36. — Et maintenant, comment Durkheim explique-t-il la force obligatoire du fait social dont nous avons vu l'essence et le substrat. Les faits sociaux, selon Durkheim, se présentent à l'individu essentiellement comme obligatoires, plus ou moins. Le droit, par ex. est un fait social nettement obligatoire, car il est sanctionné, — mais la morale, les mœurs sont non moins obligatoires.

(173) Durkheim : *Sociologie et philosophie*, p. 133. — Comp. encore *ib.* *Les règles de la méthode sociologique*, p. 127-8 : « En s'agrégeant, en se pénétrant, en se fusionnant, les âmes individuelles donnent naissance à un être psychique, si l'on veut, mais qui constitue une individualité psychique d'un genre nouveau ».

(174) V. Bouglé-Raffault : *op. cit.*, p. 389.

(175) Fauconnet-Mauss : *op. cit.*, p. 172. — Cette conception de la conscience collective chez Durkheim a donné lieu à des discussions nombreuses. Etant donné que la pensée de Durkheim a fortement évolué sur ce point, qu'il a donné des formulations différentes de cette notion de conscience collective et qu'il n'est pas parvenu à en préciser une formule définitive, il est compréhensible qu'elle ait été conçue différemment par des auteurs différents. Ainsi par ex. Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 98), considère que Durkheim nie la conscience collective et qu'il admet, en réalité, seulement l'inter-action des consciences individuelles, tandis que Davy (*Eléments de sociologie*, t. I, p. 85), Fauconnet-Mauss (*op. cit.*, pages 171-172), Richard (*Le droit naturel et la philosophie des valeurs*, « Archives », 1934, N° 1-2, p. 21), considèrent, au contraire, qu'il l'affirme. Il y eut même une polémique entre Davy et Duguit sur cette question. Il semble maintenant, après l'étude documentée de M. Gurvitch (*op. cit.*, p. 116 et suiv.), que Durkheim a nettement affirmé l'existence de cette conscience collective, quoiqu'il l'ait formulée de façons différentes et qu'elle est essentielle pour la sociologie durkheimienne, étant le fondement de la spécificité du fait social. Ce que Duguit a affirmé n'en reste, pourtant, pas moins vrai : puisque Durkheim ne conçoit pas la conscience collective comme une substance, elle n'existe que dans les consciences individuelles.

Nous résumons ainsi l'explication de cette force obligatoire dans la doctrine durkheimienne : il y a deux sources de la force obligatoire du fait social :

1° Le fait social s'impose comme quelque chose qui *est*, comme un *fait réel*, existant, préétabli ;

2° Le fait social s'impose à l'individu comme quelque chose qui *doit être*, comme une *valeur*, un *idéal*.

Ad 1° Tout d'abord, le fait social comme tel, comme quelque chose de réel, s'impose à l'individu, car « tout ce qui est réel a une nature définie qui s'impose » (176). Il s'impose en ce sens qu'il ne peut être modifié par l'individu, ni créé par lui, puisque pour créer un fait social, il faut plusieurs individus (177). Mais Durkheim reconnaît que, si l'individu ne peut créer seul des faits sociaux, il peut les modifier, dans une certaine mesure, à son usage propre, et « c'est pourquoi chacun de nous se fait, dans une certaine mesure, *sa morale, sa religion, sa technique* » (178). Les normes juridiques, par ex., nous sont données comme *institutions*, auxquelles nous ne pouvons rien que nous y soumettre (179).

Ad. 2° Mais non seulement le fait social s'impose à l'individu en tant qu'existant indépendamment de celui-ci, il exerce encore une *pression*, et cette pression, cette contrainte, c'est une vraie source de sa force obligatoire et le signe caractéristique du fait social (180). Elle a une importance exceptionnelle pour le droit. L'individu subit cette pression, ne peut pas y échapper, mais la pression ne provoque pas chez l'individu immanquablement la décision de se conformer au fait social, il peut résister à cette pression. Le fait social, donc, ne peut que motiver la volonté de l'individu, — et, quoique Durkheim veuille ramener le fait social à un simple fait causal, pour l'expliquer d'une manière « positiviste » et « scientifique », cela prouve qu'il y a là un élément purement idéal, irréductible aux lois de causalité (comme nous le verrons également chez Duguit et M. Scelle).

(176) Durkheim : *Les règles de la méthode sociologique*, p. XXII.

(177) *Ib. op. cit. loc. cit.*

(178) *Ib. op. cit.*, p. XXIII.

(179) *Ib. op. cit.*, p. 7.

(180) *Ib. op. cit.*, p. XX.

Du reste, Durkheim souligne lui-même le caractère complexe de cette pression. Elle contient, d'une part, un élément *matériel*, provenant des lois de causalité pure, qui consiste en ce que le fait social est un fait *nécessaire* pour l'individu, qui s'y soumettra d'ailleurs de son plein gré : « il suffit (pour cela) de lui faire prendre conscience de son état de *dépendance* et d'*infériorité naturelles* » (181); — Durkheim ne laisse, pourtant, planer aucun doute sur le fait que les faits sociaux dominent complètement l'individu, même contre son gré : l'individu n'a choix qu'entre sa ruine et la soumission au fait social, puisqu'il « se trouve en présence d'une force qui le domine et devant laquelle il s'incline; mais cette force est naturelle, elle ne dérive pas d'un arrangement conventionnel — elle sort des entrailles même de la réalité, elle est le *produit nécessaire des causes données* » (182); — d'autre part, un élément *idéal*, qui agit comme une valeur, motivant la volonté du sujet : « La supériorité de la société *n'est pas simplement physique* mais intellectuelle et morale » (183); « due, *non à la rigidité de certains arrangements moléculaires*, mais au *prestige* dont sont investies certaines *représentations* » (184), qui « n'a rien à craindre du libre examen » — l'homme verra qu'il est mieux pour lui de s'y soumettre (185). Et encore : « La société est une chose bonne, désirable pour l'individu qui ne peut exister en dehors d'elle. qui ne peut la nier sans se nier », « la société, en même temps qu'une chose bonne, est une autorité morale qui, en se communiquant à certains préceptes de conduite qui lui tiennent particulièrement à cœur, leur confère un caractère obligatoire » (186). « Ces mêmes *valeurs* qui, par certains côtés, nous font l'effet de réalités qui s'imposent à nous, nous apparaissent en même temps comme des choses désirables que nous aimons et voulons spontanément » (187). On voit donc bien que Durkheim invoque expressément la valeur, en la définissant comme *désir*, et, au moins provisoirement, la sépare des faits soumis aux lois de causalité, agissant par la nécessité inévitable, physique.

(181) *Ib. op. cit.*, p. 150.

(182) *Ib. op. cit. loc. cit.*

(183) *Ib. op. cit.*, p. 151.

(184) *Ib. op. cit.*, p. XXI.

(185) *Ib. op. cit.*, p. 151.

(186) Durkheim : *Sociologie et philosophie*, p. 53.

(187) *Ib. op. cit.*, p. 123.

Déjà cette explication de Durkheim essaie de tenir compte de tous les éléments, si complexes, qui jouent dans la force obligatoire de la norme-fait social, des éléments idéaux aussi bien que matériels. Mais l'élément matériel, nécessaire, prédomine encore. Le problème de la valeur, de l'idéal, est énoncé, non pas encore traité à fond.

37. — C'est pourquoi Durkheim entreprend d'expliquer l'idéal lui-même (source de la force obligatoire) par la sociologie, non pas par la « métaphysique ». Devant le fort courant d'idéalisme, reprochant à la sociologie de ne pouvoir juger des faits du point de vue de la valeur, mais seulement d'en donner des explications causales, et de ne pas pouvoir dégager les normes de nos actions, Durkheim essaie de tirer de la sociologie et l'idéal, et la valeur, et les normes. Il le proclame même comme but fondamental de la sociologie : « Notre principal objectif, en effet, est d'étendre à la conduite le rationalisme scientifique, en faisant voir que, considérée dans le passé, elle est réductible à des rapports de cause à effet qu'une opération non moins rationnelle peut transformer ensuite en règles d'action pour l'avenir » (188). On voit déjà par ces mots quelle va être la direction générale, l'esprit de cette tentative. L'idéal — tout en lui maintenant sa signification et son efficience idéales — doit être expliqué « positivement », c'est-à-dire causalement, car « de quel droit... met-on l'idéal en dehors de la nature et de la science ? C'est dans la nature qu'il se manifeste ; il faut donc bien qu'il dépende de causes naturelles » (189). « L'idéal est son (de la sociologie) domaine propre » (190), la sociologie qui est une science de causes. Durkheim est loin de considérer l'idéal comme un objet ayant une « existence idéale » (191) ; l'idéal dans le sens idéaliste est inconcevable pour lui (192). Nous reconnaissons volontiers que, dans un sens, la tentative de Durkheim

(188) *Ib. Les règles de la méthode sociologique*, p. VIII. — Comp. Gurvitch : *op. cit.*, p. 279, où il affirme également que tout l'effort de Durkheim était dirigé vers l'élaboration d'une morale nouvelle, scientifique ; v. aussi la *préface* citée de Bouglé, p. VI, affirmant la même chose.

(189) Durkheim : *Sociologie et philosophie*, p. 130.

(190) *Ib. op. cit.*, p. 141.

(191) L'expression est de Goblot : *op. cit.*, p. 2.

(192) Combien loin de cette conception est, par ex., la conception kantienne de Kelsen, pour lequel la société même est un système idéal, non un fait réel. (V. Kelsen : *Staatslehre*, S. 9, 15 ; *Rapports*, p. 241).

est grandiose, mais nous sommes convaincu qu'elle a complètement échoué. Un certain dualisme, voire pluralisme est nécessaire, — comme nous le verrons, — et c'est en vain que Bouglé dit : « Le positivisme n'a rien d'un monisme. Il sait qu'à chaque étage de l'être il apparaît des formes nouvelles », qui doivent être étudiées dans leur originalité (193), — en vain, car le positivisme, tel que le conçoit Durkheim (et M. Bouglé parle du positivisme durkheimien), est justement ramené à un monisme, car il veut tout soumettre aux lois de causalité, à un déterminisme strict et sévère, et les faits mêmes s'opposent à cela, de telle sorte que Durkheim n'a réussi qu'à affirmer d'une manière purement verbale que l'idéal est explicable par la causalité, sans en donner des preuves. Nous concevons pourtant le positivisme d'une autre façon : il doit tenir compte de ce qui est, de ce qui se passe réellement, de ce qui est susceptible d'être observé, — et un tel positivisme incline plutôt vers un dualisme.

La première réalisation de cette explication sociologique de l'idéal a été faite dans *Les Règles de la méthode sociologique*, sur la base de la distinction fameuse entre le « normal » et l'« anormal » dans les faits sociaux mêmes. Durkheim y a donné une définition assez compliquée et peu claire de ce qui est normal, en se tenant aux signes objectifs (194). Cette distinction faite, il est facile d'en tirer l'idéal et les normes : en effet, le normal est sain, l'anormal est malade, la santé est bonne et désirable, — donc une valeur, un idéal, — la maladie ne l'est pas ; il faut développer le normal (195). En pratique, cette méthode a donné des résultats étranges : il est apparu que la peine et le crime étaient normaux tous deux en même temps, donc tous deux utiles, bons et désirables (196). Nous ne répéterons pas ici les critiques très justifiées et faciles à faire, dirigées contre cette conception surtout par Tarde et Gény (197).

La seconde réalisation, et plus importante, en est faite dans l'article de Durkheim : *Les jugements de valeurs et jugements de*

(193) Bouglé : préface à *Sociologie et philosophie* de Durkheim, p. XI.

(194) V. Durkheim : *Les règles de la méthode sociologique*, p. 80.

(195) *Ib. op. cit.*, p. 61.

(196) V. *ib. op. cit.*, p. 87.

(197) V. Tarde : *Etudes de psychologie sociale*, pages 136, 139, 153, 155 ; Gény : *op. cit.*, t. II, p. 80 ; Cuche : *op. cit.*, p. 51 et suiv.

réalité (198). Nous l'exposerons brièvement (199). Durkheim commence par une distinction entre les valeurs subjectives, — consistant dans les préférences du sujet, et qui ne sont pas, au fond, des jugements de valeurs, mais de réalité, car ils expriment « des états déterminés du sujet » (p. 118), c'est-à-dire une réalité, — et les valeurs objectives, qui sont des vrais valeurs, constatées par les jugements de réalité et existant objectivement « en un sens, en dehors de moi », car « nous admettons... implicitement que ces jugements correspondent à quelque réalité objective sur laquelle l'entente peut et doit se faire. Ce sont ces réalités *sui generis* qui constituent des valeurs et les jugements de valeurs sont ceux qui se rapportent à ces réalités ». De telles valeurs objectives « ont, d'une part, la même objectivité que des choses », et, de l'autre, elles éveillent des *désirs* dans les sujets, c'est-à-dire provoquent des états « intérieurs », pareils aux valeurs subjectives. Comment peuvent s'expliquer ces deux caractères qui semblent contradictoires ? « Comment un état de sentiment peut-il être indépendant du sujet qui l'éprouve ? » (p. 119). Durkheim critique deux solutions données à ce problème avant lui : la conception *objectiviste* (d'après laquelle la valeur « tient essentiellement à quelque caractère constitutif de la chose à laquelle elle est attribuée ») dans ses deux variantes — la première qui admet l'individu comme le sujet constatant la valeur inhérente à la chose, parce que ainsi l'on ne peut pas expliquer l'existence « d'un système de valeurs objectives reconnues par tous les hommes » (p. 120); la deuxième, admettant la société comme ce sujet (p. 123), parce qu'on ne peut expliquer ainsi la diversité des valeurs, ni le fait que les plus hautes valeurs sont celles qui sont les moins utiles (pp. 124-127); — la conception *subjectiviste* (d'après laquelle la valeur est le fruit d'« une faculté *sui generis* » de l'homme, faculté « de dépasser l'expérience, de se représenter autre chose que ce qui est, en un mot de poser des idéaux » (p. 128), parce qu'elle est métaphysique, et si l'on posait, au contraire, que « le monde des idéaux est réel, qu'il existe objectivement, mais d'une existence supra-expérimentale, et que la réalité empirique

(198) C'est, en fait, le rapport que Durkheim a présenté au Congrès de philosophie, Bologne, 1911 ; il est publié dans « Revue de Métaphysique et de Morale », 1911, avec le résumé de la discussion, suscitée par lui, et réédité dans le recueil d'articles de Durkheim : *Sociologie et philosophie*.

(199) Nous citons d'après cette dernière édition : *Sociologie et philosophie*.

dont nous faisons partie en vient et en dépend » (p. 129), cette conception ne pourrait pas expliquer le fait que l'idéal varie suivant les groupes humains (p. 130), tout en restant aussi métaphysique.

Ainsi Durkheim est-il amené à exposer sa théorie. « S'il est vrai, dit-il, que la valeur des choses n'a jamais été estimée que par rapport à certaines notions idéales, celles-ci ont besoin d'être expliquées. Pour comprendre comment des jugements de valeurs sont possibles, il ne suffit de postuler un certain nombre d'idéaux; il faut en rendre compte, il faut voir d'où ils viennent, comment ils se relient à l'expérience tout en la dépassant et en quoi consiste leur objectivité ». Et de ce fait que les valeurs sont *variables* suivant les groupes humains, et que les théories subjectivistes et objectivistes sont incapables d'en fournir l'explication, Durkheim conclut et pose comme le principe essentiel que les valeurs ont une *origine collective*, qu'elles sont des faits sociaux, créées par la société, par la conscience collective (p. 132). La société est ainsi « le foyer d'une vie morale interne, dont on n'a pas toujours reconnu la puissance et l'originalité », et cette vie se développe au sein de la conscience collective, telle que nous l'avons exposée. Cette vie se distingue de la vie psychique individuelle :

1° Par son *intensité* : les sentiments collectifs ont une énergie beaucoup plus grande que les sentiments individuels. « L'homme qui l'éprouve a l'impression qu'il est dominé par des forces qu'il ne reconnaît pas comme siennes, qui le mènent »;

2° Par une différence de *qualité* : « Entraîné par la collectivité, l'individu se désintéresse de lui-même, s'oublie, se donne tout entier aux fins communes »;

3° Par la *richesse* de l'activité de ces forces collectives psychiques, incomparablement plus grande que celle de l'activité des individus (pp. 133-134).

Et Durkheim tire *directement* de ces observations l'idéal (d'une manière qui nous paraît étrange, car cela exige beaucoup d'explications) en le justifiant ainsi : « Pour toutes ces raisons (c'est-à-dire : ces différences énumérées plus haut), elle (cette vie collective) s'oppose à la vie que nous traînons quotidiennement, comme le supérieur s'oppose à l'inférieur, l'idéal à la réalité ». « C'est, en effet, dit Durkheim sans aucune explication, dans les moments d'effervescence de ce genre que se sont, de tout temps,

constitués les grands idéaux sur lesquels reposent les civilisations». Les périodes créatrices ou novatrices sont celles où la vie sociale est très intense : crise chrétienne, Réforme, Renaissance. « A ces moments, il est vrai (Durkheim explique pourquoi les idéaux ne se distinguent pas bien de la réalité), cette vie plus haute est vécue avec une telle intensité et d'une manière tellement exclusive qu'elle tient presque toute la place dans les consciences, qu'elle en chasse plus ou moins complètement les préoccupations égoïstes et vulgaires. L'idéal tend alors à ne faire qu'un avec le réel ; c'est pourquoi les hommes ont l'impression que les temps sont tout proches où il deviendra la réalité elle-même et où le Royaume de Dieu se réalisera sur cette terre. Mais l'illusion n'est jamais durable parce que cette exaltation elle-même ne peut pas durer : elle est trop épuisante. Une fois le moment critique passé... les individus retombent à leur niveau ordinaire. Alors, tout ce qui a été dit, fait, pensé, senti pendant la période de tourments féconde ne survit plus que sous forme de souvenir, de souvenir prestigieux, sans doute, tout comme la réalité qu'il rappelle, mais avec laquelle il a cessé de se confondre. Ce n'est plus qu'une idée, un ensemble d'idées. Cette fois, l'opposition est tranchée. Il y a, d'un côté, ce qui est donné dans les sensations et les perceptions et, de l'autre, ce qui est pensé sous formes d'idéaux ». Ces idéaux ne revivifient par les fêtes, les réunions, etc..., donc, par une nouvelle intensification de la vie sociale (pp. 134-5).

Ainsi, l'homme conçoit des idéaux parce qu'il est un être social. « C'est la société qui le pousse ou l'oblige à se hausser ainsi au-dessus de lui-même et c'est elle aussi qui lui en fournit les moyens ». « Par cela seul que » la société « prend conscience de soi, elle enlève l'individu à lui-même et elle l'entraîne dans un cercle de vie supérieure. Elle ne peut pas se constituer sans créer l'idéal. Ces idéaux, ce sont tout simplement les idées dans lesquelles vient se peindre et se résumer la vie sociale, telle qu'elle est aux points culminants de son développement » (pp. 135-136).

Quelle est la force obligatoire de cet idéal ? — C'est une force obligatoire réelle, efficiente, pareille à notre conception (mais se distinguant de la nôtre en ce que nous n'expliquons pas l'idéal et, par conséquent, cette force, par les lois de causalité) : « Ces idéaux ne sont pas des abstraits, de froides représentations intellectuelles, dénuées de toute efficacité. Ils sont essentiellement moteurs ; car

derrière eux, il y a des forces réelles et agissantes; ce sont les forces collectives, forces naturelles, par conséquent, quoique toutes morales, et comparables à celles qui jouent dans le reste de l'univers. L'idéal lui-même est une force de ce genre; la science en peut donc être faite » (p. 136).

L'idéal, donc, « a sa réalité. On le conçoit planant, *impersonnel*, par-dessus les volontés particulières qu'il meut » (p. 137). Ce caractère impersonnel existe parce que l'idéal est une œuvre sociale, non individuelle. Par conséquent, le jugement de valeur ne diffère pas essentiellement du jugement de réalité (200), car « un jugement de valeur exprime la relation d'une chose avec un idéal. Or, l'idéal est donné comme la chose, quoique d'une autre manière, il est, lui aussi, une réalité à sa façon ». La société qui vient de la nature, la domine en créant les valeurs, les idéaux (pp. 137-142)

Cette théorie ne veut pas dire que les jugements de valeurs individuels n'existent pas, mais ils sont conditionnés par les jugements collectifs (201) et ne sont pas efficaces; ni que l'individu ne joue aucun rôle dans le processus de la création de valeur : les grands hommes surtout ont un rôle important en formulant clairement les idéaux et les aspirations obscures de la conscience collective; — mais l'individu n'apporte rien à la conscience collective, il travaille sur la matière sociale donnée (202).

La société est, donc, cette autorité nécessaire, supérieure à l'homme, sans laquelle l'obligation normative n'est pas explicable (203) et que l'école du droit naturel a trouvée, comme nous l'avons vu, dans Dieu et dans la nature. Dieu lui-même est ramené à la

(200) Comp. Richard : *op. cit.*, p. 19.

(201) « Chacun de nous réfléchit à sa façon, réfracte, par cela même, le système objectif et social des valeurs » dit Durkheim. (V. « Revue de Métaphysique et de Morale », 1911, p. 643).

(202) V. « Revue de Métaphysique », 1911, loc. cit.

(203) Fauconnet-Mauss l'expriment clairement : « Une règle à laquelle l'individu se considère comme soumis, ne peut être l'œuvre de cet individu : car toute obligation implique une autorité supérieure au sujet obligé, et qui lui inspire le respect, élément essentiel du sentiment d'obligation. Si donc on exclut l'intervention d'êtres surnaturels, on ne saurait trouver, en dehors et au-dessus de l'individu, qu'une seule source d'obligation, c'est la société ou plutôt l'ensemble des sociétés dont il est membre » (*op. cit.*, p. 168).

société chez Durkheim : il n'est que sa personnification (204). Durkheim, comme le trouve M. Gurvitch (205), identifie la conscience collective avec le monde spirituel des idéaux et des valeurs, avec le Bien suprême, etc. Et Bouglé peut affirmer avec raison : « Le sociologisme durkheimien est bien plutôt un effort pour fonder et justifier de façon nouvelle des tendances spiritualistes » (206).

38. — Ainsi nous avons exposé — peut-être avec trop de détails, mais nous l'avons jugé nécessaire, — la conception sociologique de la force obligatoire normative, d'après laquelle la norme est

(204) Comp. Richard : *op. cit.*, p. 13.

(205) V. Gurvitch : *op. cit.*, pages 156-158.

(206) Bouglé, la *préface* citée déjà, p. XV. — Les disciples de Durkheim ont souligné encore plus l'élément idéaliste dans la sociologie, et Davy constate avec raison que dans la sociologie moderne l'idéalisme prédomine (v. Davy : *Les sociologues d'hier et d'aujourd'hui*, p. 12). Pourtant, ils s'efforcent aussi de rester positivistes, de fonder l'idéal sur la réalité de la conscience collective, réelle au même titre que la conscience individuelle (v. Davy : *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, p. 100; *Éléments de sociologie*, p. 47, t. I). Cet idéalisme sociologique est, en un mot, un idéalisme *a posteriori* (comme le caractérise Davy : *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, p. 51). — C'est Davy surtout qui a cherché à fonder la force obligatoire de la norme juridique sur un idéal conçu comme le produit de la conscience collective. Il conçoit cette conscience de la même manière que Durkheim, mais il s'efforce de la rendre moins rigide : c'est, dit-il, « une faculté de représentation commune et nullement une volonté collective tyrannique ». (Davy : *Éléments de sociologie*, t. I, p. 51), la « conscience commune d'une époque ou d'une civilisation » (Davy : *Le problème de l'obligation chez Duguit et Kelsen*, dans « Archives », 1933, pages 7-36, p. 10). La conscience collective chez Davy est si peu « substantialiste », que Davy lui-même avoue qu'entre sa conception et celle de Duguit (qui rejette le concept de la conscience collective) il y a des différences plutôt en mots qu'en essence (v. Davy : *op. cit. loc. cit.*). Davy *postule* (l'expression que Duguit utilise, avec raison, comme un fort argument contre la notion de la conscience collective : si l'on *postule* la conscience collective, c'est qu'elle n'existe pas, donc, il ne faut pas la postuler : V. Duguit : *Traité*, t. I, p. 136), la conscience collective plutôt qu'il n'en affirme l'existence objective, réelle, car elle seule peut être le support des idéaux, le juge des valeurs des groupes et des individus, la créatrice des normes objectives obligatoires. Davy admet aussi que sans une pression il n'y a pas d'obligation, et que cette pression est exercée par le groupe social, mais il souligne que c'est une pression *roulée* par nous, — parce que c'est notre propre conscience qui, en s'extériorisant, en se situant sur un plan social, s'oblige elle-même (v. Davy : *op. cit.*, p. 33; comp. pages 25, 28), — et que nous sommes libres de nous y soumettre ou non (v. Davy : *Éléments de sociologie*, t. I, p. 75). Quant à l'individu, il peut intervenir dans la création des valeurs en proposant à la conscience collective des idéaux, qui vont le devenir réellement par leur adoption de la part de la conscience collective, — rôle qui n'est pas négli-

un fait social, produit de la conscience collective, conscience qui est la créatrice d'idéaux et des normes, et qui leur confère la force obligatoire, en développant, en même temps, une énergie propre, dominant l'individu et le contraignant à se soumettre aux normes, aux idéaux collectifs. Il faut voir ce qui peut nous être utile dans cette théorie.

La première chose qui doit être soulignée, c'est que l'école sociologique elle-même n'a pas pu méconnaître l'importance de la valeur, de l'idéal, dans le phénomène de la force obligatoire par laquelle les faits sociaux, et au premier rang le droit, s'imposent à l'individu. Il est précieux pour nous qu'une école, qui se proclame purement positiviste, admette la valeur. Il est vrai que nous allons nous séparer de cette école lors de l'explication de la valeur, tout en croyant que c'est nous qui restons les vrais positivistes, mais cela importe peu; ce qui importe, c'est la constatation que la valeur est indispensable pour l'explication de la force obligatoire normative.

A regarder de plus près, il y a une série d'affirmations de cette école qui sont des « points acquis », semble-t-il, pour la science : telle affirmation par exemple que la norme, le droit, sont des produits sociaux, que l'individu est lié à la société d'un lien très fort, que la société joue un grand rôle dans l'application des normes sociales, en exerçant une pression — soit organisée, soit inorganisée — sur l'individu. Encore l'affirmation que les idéaux changent

geable, et, en tout cas, est beaucoup plus important que chez Durkheim. C'est donc l'innovation principale que Davy introduit dans le système de Durkheim : l'exclusion de la nécessité, de la pression matérielle (dans le sens que nous avons expliqué : que la société lie nécessairement l'homme à elle) de l'obligation et le rattachement de l'obligation exclusivement à un idéal, qui seul peut être la source d'obligation. Cette valeur-idéal, pour le droit, est la Justice (v. Davy, *op. cit.*, pp. 78, 82, 84). — V. aussi Bouglé : *Leçons de sociologie sur l'évolution des valeurs*, l'exposé le plus complet de la conception sociologique durkheimienne des valeurs. Il conçoit aussi les valeurs comme des choses : « Les valeurs, en un sens, ne seraient-elles pas, elles-mêmes, des réalités ? » se demande-t-il (p. 13) et répond : « Les valeurs se posent devant moi comme des réalités données, comme des choses » (p. 16). Les valeurs sont créées par la société, la conscience collective : c'est l'idée inspiratrice de ce livre : « Les valeurs seraient *objectives* parce qu'*impératives*, et *impératives* parce que *collectives* » (p. 16 ; comp. aussi pages 14-16, 19, 27-28, 29-32, etc.).

suivant les groupes sociaux, qu'ils ne sont pas immuables et universels, mais soumis à l'évolution. De plus, l'esprit « positiviste » de l'école, la règle de chercher l'explication de tous les phénomènes dans le cadre strict des faits observables, est maintenant, au moins en principe, le fondement même de la science.

Mais précisément de ce point de vue — positiviste — il nous semble nécessaire de critiquer l'école durkheimienne sur quelques points essentiels de sa conception. Ainsi, par exemple, l'hypothèse fondamentale de cette école : la conscience collective, semble indémontrée et indémontrable (207), et nous ne sommes pas loin d'affirmer, avec Duguit, qu'elle est une notion métaphysique. Cette conception a été trop critiquée (208) pour entrer ici dans sa réfutation détaillée : contentons-nous de dire la raison principale pour laquelle nous ne pouvons pas l'admettre : — la conscience présuppose un sujet qui est conscient, or, seul un sujet conscient naturel existe : l'individu, et non un « Tout » social, ou un

(207) V. Tassitch : *L'Etat et le droit*, p. 193.

(208) Elle a été critiquée surtout par Tarde (v. ses *Etudes de psychologie sociale*, pages 66-69, 71-80), qui a pourtant exagéré, nous semble-t-il, dans le sens contraire, minimisant le rôle du « social ». La conception de Tarde, en concevant le fait social comme l'œuvre de l'individu, *généralisé* simplement dans la société, est incapable de nous fournir la distinction nécessaire et certainement existante entre le fait social et le fait psychique (individuel), d'une part, et entre le fait social humain et le fait social animal, d'autre part. — Tout récemment encore, M. Gurvitch a fait une étude très complète sur la conception durkheimienne de la conscience collective (v. notre note 175), et l'a critiquée aussi. Il reproche trois choses à cette conception (v. Gurvitch : *Essais*, pages 117-119, 141-144) : 1° son caractère *transcendant*, qui « présuppose la substitution au psychisme collectif d'un esprit supra-temporel » (p. 123), 2° son *identification avec le monde spirituel des valeurs*, avec l'Esprit, l'Impératif, le Bien suprême, Dieu ; 3° son *unité* et son *harmonie*. — Ces critiques de M. Gurvitch sont très impressionnantes, mais il nous semble qu'il les formule très rigide-ment. En effet, Durkheim affirme le caractère transcendant de la conscience collective, en tant qu'elle est l'œuvre des consciences individuelles, elle est, donc, transcendante à chaque conscience individuelle, prise séparément, mais elle est immanente à l'ensemble de ces consciences, — ce que dit M. Gurvitch lui-même (v. la note suivante). Aussi, nous croyons pouvoir interpréter la conception de Durkheim en ce sens que pour *chaque* société donnée il existe une conscience collective, que donc la conscience collective est concrète, — et nous ne pouvons pas alors comprendre bien la remarque de M. Gurvitch, accusant cette conception d'être *une* et *harmonieuse*. En effet, si la conscience collective n'est pas *une*, elle n'existe pas, car elle est indéterminée. Chaque concept implique, logiquement, une unité nécessaire.

« Nous » (209). Tout ce qu'on veut expliquer par la conscience collective, peut être aussi bien expliqué par l'interaction des consciences individuelles. Certes, on ne peut pas nier qu'il existe une vie sociale, un « règne » social, différente de la vie psychique individuelle (c'est là l'un des grands mérites de l'école sociologique de l'avoir souligné), qu'il y a des faits sociaux qui ne sont explicables que par cette vie sociale, car un individu isolé ne pourrait jamais les créer, des faits qui sont donc *collectifs*, non *généraux* (comp. ci-dessus N° 35); — mais il suffit, pour fournir un support solide à cette vie sociale collective, d'admettre l'interpénétration des consciences individuelles. Nous reconnaissons volontiers, d'ailleurs, que, pour nous, il y a quelque chose d'inconcevable et d'illogique dans l'essence même de cette conception : ou la conscience collective existe, et alors il faut la concevoir comme une substance, comme l'a fait l'école organiciste; ou elle n'existe pas comme une substance, et alors elle n'existe pas du tout : il n'y a que l'interpénétration des consciences individuelles : *tertium non datur* (210), — et Durkheim a tant insisté sur l'indépendance de la conscience collective qu'il semble bien qu'il veuille trouver une troisième solution introuvable.

(209) C'est Gurvitch qui a essayé de développer une conception nouvelle de la conscience collective, basée sur « Nous », conception qui doit échapper aux critiques qu'il a dirigées contre la conception de Durkheim. (V. Gurvitch : *op. cit.*, pages 117-119 et passim, *L'idée du droit social*, pages 15, 17 et suiv.). Il conçoit la conscience collective comme 1° *immanente*, comme une « réciprocité des perspectives » (le concept et le terme sont du sociologue allemand Litt), « une intuition des consciences se saisissant mutuellement d'une façon immédiate » (Gurvitch : *Essais*, p. 123), qui n'a pas besoin d'un support métaphysique (p. 124), mais en même temps comme non donnée entièrement dans la conscience individuelle ; 2° *capable de saisir les valeurs*, mais *non de les créer* (cette affirmation dépasse le positivisme, croyons-nous : on ne peut affirmer ni que la conscience crée ni qu'elle saisit les valeurs); 3° *multiple*. — Cette conception est intéressante, nous admettons, nous aussi, les points 1° et 3° —, mais ce qu'il y a de positif dans toutes ces descriptions de Gurvitch, quelque peu complexes et peut-être peu claires, c'est qu'il existe l'interaction des consciences individuelles, qu'il n'y a pas de conscience collective indépendante, qu'il n'y en a pas du tout donc dans le sens propre de ce mot. Si la conscience collective est immanente aux consciences individuelles, c'est bien qu'elle n'existe pas en dehors des consciences individuelles, qu'il n'y a que ces dernières, car si une conscience collective *stricto sensu* existait, elle devrait être transcendante.

(210) Comp. Le Fur : *La théorie du droit naturel*, p. 338.

Du reste, nous croyons que la conception de Durkheim ne peut être interprétée que dans le sens que nous défendons ici. Il a lui-même toujours affirmé que le champ réel où se joue la vie sociale ne peut être que la conscience individuelle; pourquoi alors admettre cette nouvelle conscience collective, issue de la synthèse de celles-ci ? Nous ne voyons pas de raisons. Entre le sociologisme durkheimien, qui ne peut, logiquement, aboutir qu'à sacrifier l'individuel au social, au collectif et l'individualisme de Tarde, qui (en affirmant que le fait social est un produit de la conscience individuelle, *généralisé* par l'imitation, non un produit *collectif*) sacrifie le social à l'individuel, — un équilibre, un milieu doit être trouvé; il ne peut être que dans l'interpénétration des consciences individuelles, interpénétration qui, pour se distinguer des consciences individuelles, peut être dénommée par exemple la conscience sociale (211). Par là, on ne rejette pas le résultat précieux de la sociologie : que les faits sociaux sont des « choses », car ils restent le produit de cette interpénétration, de cette collaboration des consciences individuelles et ainsi ils restent extérieurs par rapport à une conscience individuelle.

Mais ce qui doit être surtout souligné ici, c'est qu'il ne faut pas penser que l'explication de la force obligatoire de la norme — du fait social en tant que norme en général — ne peut être trouvée que dans l'élément social. Au contraire : quoique la norme soit essentiellement, en tant qu'institution, comme nous le verrons (ci-dessous, chap. IV), le produit social, collectif, — elle ne peut nous obliger qu'en devenant *nôtre*, individuelle, autonome. La conscience individuelle est toujours libre de choisir parmi les normes sociales celles qui seront obligatoires pour elle. Il y a donc là une « récréation » des normes sociales par la conscience individuelle, récréation nécessaire pour leur conférer la force obligatoire.

39. — Si l'on passe maintenant à l'examen de la force obligatoire du fait social, la situation est claire. Durkheim admet, nous l'avons vu, deux sources de cette force : une pression *matérielle*, en tant que le fait est nécessaire; une pression *normative*, en tant que le fait social est une valeur, ce qui doit être. Quant à la pression matérielle, agissant selon les lois de causalité, Durkheim

(211) Comp. Tassitch : *L'Etat et le droit*, p. 186, *Introduction en science juridique* (en serbe), pages 50-52.

en souligne deux aspects différents : le fait social est une *institution* que nous ne pouvons pas modifier, — il est clair que de cela on ne peut tirer aucune obligation ; le fait social nous lie nécessairement par la *solidarité*, si bien que nous sommes contraints matériellement de nous y conformer nécessairement, car c'est la société même, sans laquelle nous ne pouvons pas vivre, qui ne peut être maintenue sans cette soumission. Cet autre aspect de la pression matérielle a été surtout utilisé par les juristes qui se basent sur la sociologie durkheimienne : Duguit, Scelle, et nous allons le traiter quand nous aurons à parler de ces juristes. Indiquons ici la chose principale : en tant que vraiment nécessaire, cette pression matérielle (qui n'est que la solidarité) s'exercera sans avoir égard à notre volonté — en tant qu'elle n'est pas nécessaire, elle ne peut pas fonder une obligation normative, ne peut pas nous pousser à nous conformer au fait social, si elle ne représente pas une *valeur* pour nous. Un fait ne peut jamais fonder une norme, il ne peut qu'agir selon les lois de causalité, lois qui excluent la norme.

Du fait social en tant que *fait*, agissant suivant les lois causales *nécessaires*, la force obligatoire normative ne peut pas être tirée, parce que la nécessité exclut la liberté. C'est pour cela qu'il faut se tourner vers la tentative de Durkheim d'expliquer l'idéal sur la base de sociologie, et voir s'il a réussi, car l'idéal seul, c'est-à-dire la valeur, peut nous expliquer la force obligatoire normative. Regardons, donc, ce côté *idéal* du fait social, tel qu'il est expliqué par Durkheim.

40. — Nous remarquons dès l'abord qu'il existe une opposition irréductible dans la conception de Durkheim, une opposition qui déchire cette conception, et dont elle ne peut pas se tirer : l'idéal est quelque chose qui est, *par définition*, soustraite à l'influence de la causalité, de la nécessité ; l'idéal ne peut être expliqué par le simple jeu des lois causales. Un idéal, basé sur la nécessité causale, ne peut que se ramener à un événement qui est *postérieur dans le temps*. Qu'on manie et qu'on remanie des lois causales de quelle manière que soit, on ne peut jamais en extraire un idéal, mais un conséquent lié par une cause nécessaire à un antécédent.

Durkheim a posé comme principe que l'idéal doit être expliqué par des lois naturelles, causales, et en tant qu'il veut l'expliquer ainsi, il le nie, en réalité ; en tant pourtant qu'il se laisse emporter

par la réalité véritable, par l'expérience, — il contredit son point de départ, nie la causalité. Cette opposition irréductible plane, donc, sur toute l'explication de Durkheim. Et c'est là la première raison qu'elle n'est pas réussie.

D'autre part, Durkheim n'est pas resté *positiviste*. D'une part, il a nié des faits observables et facilement constatables par tous, comme par ex. notre liberté (il affirme ainsi que la vie sociale intense est un idéal pour l'individu, — sans d'ailleurs en donner des preuves. Est-ce un idéal pour tout individu ? Puisque l'idéal est soumis aux causes, il doit être accepté par tous. Or, le fait est que tout individu ne l'accepte pas. D'où viennent ces différences des idéaux, dont Durkheim justement est parti pour donner son explication. L'individu et sa liberté ne jouent-ils aucun rôle ?), et affirmé des faits inobservables : comme l'état d'effervescence et la création des idéaux par la conscience collective.

41. — A examiner maintenant cette explication de l'idéal par la sociologie, on voit tout de suite que sa première réalisation par Durkheim n'a pas réussi, comme nous l'avons dit. C'est pourquoi nous allons dire tout de suite quelques mots sur cette tentative pour nous occuper ensuite de la seconde. La distinction entre le normal et l'anormal peut, peut-être, être basée sur la sociologie, si l'on n'entend pas donner à la notion de *normal* une signification *qualitative*, mais affirmer tout simplement que le normal est ce qui est général. Mais dès qu'on veut lui donner une signification qualitative, dès qu'on veut proclamer le normal pour bon et désirable, dès qu'on veut créer un *idéal* sur la base du normal, les limites et les méthodes sociologiques positivistes sont dépassées.

Car, en définissant ce qui est bon, ce qui est un idéal, on émet un jugement de valeur, on fonde un impératif, — et la sociologie positive est une science qui opère par des jugements de réalité, qui parlent à l'indicatif, pour elle tous les faits sont égaux, car tous *sont* également, et elle ne peut à la suite de cette constatation que les faits existent tirer le jugement qu'ils *doivent* ou ne doivent pas exister (212). Le mot célèbre de Poincaré, — qui sonne comme une exécution impitoyable de toutes les vaines tentatives de passer de l'indicatif à l'impératif, de la science à la norme, — est trop connu pour que nous le répitions ici.

(212) Comp. Gény : *op. cit.*, t. II, p. 80, qui dit avec raison, que, du point de vue sociologique, le normal est équivalent à l'anormal.

42. — Examinons, donc, la seconde tentative, faite dans « Les jugements de valeur et jugements de réalité ». Cette explication de Durkheim est intéressante, mais peu convaincante. Il parle *ex cathedra*, sans donner une moindre preuve à tous ses développements qui en ont un grand besoin. Tout l'article nous semble plutôt être une esquisse pour une étude plus importante; tel quel, il nous paraît inachevé.

Les critiques que Durkheim dirige contre la conception subjectiviste de la valeur nous semblent mal fondées. Il n'a pas tenu compte des grands efforts que, dans ce domaine, ont faits par exemple les économistes, qui ont trouvé qu'une valeur subjective peut servir de fondement pour une valeur objective : l'ensemble des valeurs subjectives, qui s'entrecroisent entre elles, peut instituer tout un système complet et objectif des valeurs qui s'impose à tout individu. De plus, Durkheim exécute en quelques mots la conception subjectiviste en tant qu'elle suppose, dit-il, une faculté « métaphysique » de l'homme consistant en ce que l'homme peut poser des idéaux. Or, précisément du point de vue positiviste, cette faculté n'a rien de métaphysique : en effet, c'est un fait d'expérience courante que l'homme peut poser des idéaux. D'où lui vient cette faculté, on ne le sait pas, mais qu'elle existe, c'est indéniable : chacun de nous à tout moment de sa vie consciente « pose des idéaux » et s'efforce de les *réaliser*, ce qui veut dire qu'ils diffèrent de la réalité causale et nécessaire.

C'est, au contraire, dans l'explication de Durkheim que les éléments métaphysiques abondent. En effet, la seule chose que nous pouvons constater *positivement*, c'est l'existence des idéaux dans les consciences individuelles, dans chaque conscience prise séparément et dans l'ensemble des consciences formant la société et la conscience « collective ». Mais on ne peut pas constater d'où viennent ces idéaux, comment ils sont créés. L'explication « positiviste » de Durkheim n'est pas plus positiviste que, par exemple, celle qui fonde l'idéal sur Dieu et affirme l'existence d'un monde supra-sensible des idéaux. La critique que Durkheim fait de cette conception est, en effet, non moins faible que la précédente : si les valeurs diffèrent suivant les sociétés, cela peut tenir à ce que l'esprit humain évolue, et saisit de mieux en mieux la valeur objective. Le fondement de la conception de Durkheim : à savoir la diversité des valeurs suivant les groupes sociaux est trop mince pour pouvoir servir d'assise ferme à une conception sociologique.

Quant à la conscience collective elle-même, à la société telle qu'elle est peinte par Durkheim, elle n'est pas moins métaphysique que Dieu, par exemple, ou l'esprit, dans le sens propre du mot. La société est, en fait, *divinisée* chez Durkheim (comme l'a dit bien Gurvitch (212 a). Car elle « domine » la nature (donc, Durkheim *affirme* la liberté, la nature est *dominée*). — Mais Durkheim se souvient vite qu'il veut expliquer tout par la nature, et il dit : quoique la société *provient* de la nature (la liberté est, donc, niée, puisque la nature, pour Durkheim, est identifiée avec la nécessité). La « divinisation » se poursuit pourtant, et Durkheim donne une telle définition de la société qu'on ne pourrait trouver une définition plus exacte de Dieu, de l'esprit. La société « en un mot, dit-il, est la nature, *mais parvenue au plus haut point de son développement et concentrant toutes les énergies pour se dépasser* en quelque sorte elle-même » (Durkheim : *Sociologie et philosophie*, p. 142). Est-ce ou n'est-ce pas, cela, la définition de l'Absolu ? Est-ce que Dieu n'est pas la concentration de toutes les énergies qui dépassent la nature ? Et si la nature se dépasse elle-même, est-ce qu'elle reste encore une nature, ou ne participe-t-elle pas peut-être de l'Absolu, de Dieu ? Est-ce que cette définition n'est pas identique à celle que Bergson donne de l'esprit (esprit conçu comme principe de liberté, de création du nouveau, d'indéterminisme, d'imprévisible) : l'esprit est « précisément une force qui peut tirer d'elle-même plus qu'elle ne contient » (213) ? Et Durkheim affirme que la société est « un produit qui *dépasse* en richesse, en complexité, et en puissance d'action *tout ce qui est servi à le former* » (214).

Mais laissons cela de côté. Constatons que Durkheim a affirmé par ces mots la liberté, la liberté de création des idéaux par la conscience collective. Car dès que la société se dépasse elle-même et domine la nature, elle échappe aux lois de causalité, elle agit librement, car, sans doute, les lois de causalité ne peuvent pas se dépasser elles-mêmes elles aussi — n'est-ce pas ? — puisque, par définition, elles ne seraient plus des lois causales. C'est là la difficulté essentielle du problème : la nécessité ou la liberté, et Durkheim la camoufle plutôt qu'il n'en donne une solution impossible en dehors de ces deux solutions. Il affirme en même

(212 a) V. Gurvitch : op. cit., pages 165-166.

(213) Bergson : *L'énergie spirituelle*, p. 33.

(214) Durkheim : op. cit. loc. cit.

temps que l'idéal est un fait, mais qui dépasse les faits. Mais si cette seconde partie de l'affirmation est exacte, la première ne l'est pas : s'il dépasse les faits, il n'est pas un fait.

Le mécanisme même de l'élaboration des idéaux que Durkheim nous décrit nous semble complètement indémontré. La division des états sociaux en états de calme et d'effervescence est arbitraire et trop rigide. Les états d'effervescence sont préparés, sans doute, par des états de calme. Admettons que l'effervescence existe : c'est un fait social causé par des causes nécessaires. Pourquoi seulement cet état d'effervescence apparaît-il à l'individu comme un idéal ? Inexplicable. Pourquoi l'individu tend-il à réaliser cet idéal ? Durkheim dit que cet idéal est désirable pour l'individu, car il est une vie plus riche. Admettons cela. Mais alors le désir est un état psychique déterminé par un état psychique collectif, suivant les lois causales, c'est un état nécessaire, un instinct, — la liberté de l'individu n'y joue aucun rôle. Et où se trouve ce « dépassement » dont parle Durkheim ?

Mais demandons-nous quel est l'idéal des autres individus, de ceux qui n'ont pas participé à cet état d'effervescence. Quels seront leurs idéaux ? Ou peut-être suffit à leur égard, cette effervescence du degré inférieur qui « revivifie » l'idéal ? Nous avouons, pour notre part, ne pas avoir participé à aucun de ces états d'effervescence — du reste Durkheim semble penser que le dernier état d'effervescence était la révolution française — et nous sommes convaincu que nous possédons bien des idéaux. Ou peut-être l'idéal créé dans l'effervescence et qui « plane, impersonnel » autour de nous, nous affecte sans que nous le sachions ? Du reste, Durkheim affirme que l'idéal peut s'« implanter » dans les choses : ainsi ces choses acquièrent de la valeur (tel le drapeau). — Mais cela ressemble fort à l'existence d'un idéal supra-sensible, que Durkheim n'accepte pas. Et puis, toujours la même question, cet idéal affectif, comment affecte-t-il l'individu, suivant les lois causales nécessaires, ou laisse-t-il la liberté à celui-ci ?

Mais il y a une chose beaucoup plus sérieuse à reprocher à Durkheim. En effet, l'idéal n'est pas identique, d'après lui-même, avec le fait social, avec la vie sociale intense et riche, produit de cet état d'effervescence. Durkheim dit lui-même que dans un tel état d'effervescence, le Royaume de Dieu *semble* réalisé. C'est donc que le Royaume de Dieu, qui est l'idéal véritable, n'est pas identique

avec l'état d'effervescence lui-même. Comment, donc, la conscience collective peut-elle arriver à s'imaginer le Royaume de Dieu ? La terrible « faculté mystérieuse et métaphysique » de l'homme de « poser des idéaux » (Durkheim : op. cit., p. 128), apparaît, derrière ces explications impuissantes de Durkheim, plus terrible et plus mystérieuse que jamais.

Et ce n'est par conséquent pas la vie intense elle-même, l'état d'effervescence qui est considéré comme un idéal par l'individu, c'est le Royaume de Dieu lui-même. Est-ce que cette idée de Royaume de Dieu, qui est un idéal, n'est qu'une simple idée dans laquelle vient « se peindre et se résumer la vie sociale, telle qu'elle est aux points culminants de son développement », comme Durkheim définit, nous l'avons vu, l'idéal ? Est-ce qu'elle peut être expliquée par l'état d'effervescence lui-même ? Non, Durkheim se contredit lui-même lorsqu'il affirme que l'idéal n'est qu'une idée résumant la vie sociale, car au moment même où cette vie se déroulait, l'idéal, le Royaume de Dieu se distinguait de cette vie, et *paraissait* seulement être réalisé.

La création de l'idéal par la conscience collective, paraît donc inconcevable, puisque Durkheim reconnaît lui-même que l'idéal se distingue de l'état d'effervescence. Si ce n'était pas un sacrilège à l'égard de la méthode sociologique, nous dirions que l'état d'effervescence est un état de transe, où la conscience collective, « inspirée », jetée en pleine extase, peut « découvrir » l'idéal, message de l'Absolu. Car autrement on ne pourrait pas expliquer la présence d'une idée telle que le Royaume de Dieu dans cette conscience.

Mais, de plus, Durkheim ne pourrait pas nier que, dans l'état d'effervescence, ce ne sont pas seulement des idées que nous considérons comme idéal qui se font jour. Aussi bien agissent et se développent les idées contraires, les idées mauvaises. Combien d'idées n'ont pas apparus lors de la Révolution française par exemple. Et pourquoi prend-on de telles idées pour des idéaux, et telles autres non ? Il est impossible de répondre sur la base de causalité. Il y a donc là une véritable faculté de poser des idéaux, d'émettre des jugements de valeurs, faculté qui n'existe pas seulement dans les états d'effervescence, mais aussi dans les états de calme, chez tous les individus.

Il nous semble mieux, et plus conforme au positivisme, d'affirmer tout simplement cette faculté, d'en constater la spécificité et de renoncer d'en donner l'explication sur la base de la causalité, de la nécessité.

43. — Si nous laissons maintenant de côté toutes ces terribles questions — insolubles du point de vue positiviste — de l'élaboration des idéaux, et de leur essence dernière, et si nous regardons comment l'idéal, tel qu'il est conçu par Durkheim, peut influencer réellement l'individu, nous verrons que la réponse de Durkheim ne nous satisfait pas encore. Nous avons vu déjà que Durkheim pose le désir comme une force psychique qui provoque dans l'individu la décision de réaliser l'idéal. Nous ne contestons pas qu'une semblable force irrationnelle joue un grand rôle dans la réalisation de l'idéal. Mais ici encore, Durkheim veut expliquer ce désir par les lois naturelles seules, lois causales, nécessaires. Durkheim dit, en effet, que la société produit des forces naturelles (c'est-à-dire explicables par des lois causales), qui entraînent l'individu à se dépasser lui-même et à réaliser des idéaux. Nous ne pouvons pas l'admettre. Il est exact, — l'expérience le démontre, — que la société peut renforcer la décision prise par l'individu de réaliser l'idéal, mais si on demande comment cela peut se faire, et d'où vient cette force « naturelle » de l'idéal, — il n'est pas possible de l'expliquer par des lois causales. La position de Durkheim est ici identique à celle de Kelsen. L'idéal, selon Durkheim, est un fait, qui agit selon les lois causales, qui possède une force naturelle. C'est, en fait, la négation de l'idéal.

Si l'on admet, pourtant, — et l'expérience nous force à l'admettre, — que cette force « naturelle » de l'idéal ne suffit pas à contraindre, à « entraîner » tous les individus à réaliser l'idéal social, — alors il faut se demander pourquoi certains individus succombent à cette force, et certains non. Ici entre en jeu la liberté individuelle, la faculté de choisir les idéaux. On arrive donc aux jugements de valeurs individuels. L'individu juge des valeurs sociales, et les adopte ou non (215). L'idéal social objectif devient

(215) Lors de la discussion qui, au congrès de Bologne, suivit la lecture de rapport de Durkheim, Parodi formula la même remarque : les individus jugent les jugements de valeurs sociaux (v. « Revue de Métaphysique », 1911, p. 643).

ainsi un idéal subjectif. Au commencement de son étude, Durkheim se demandait comment il est possible que l'idéal présente en même temps un caractère d'objectivité et de subjectivité, et il pense avoir résolu cette question en disant que l'idéal objectif social par sa force « naturelle » provoque dans l'individu le sentiment subjectif, le désir (« état affectif » dont parlait M. Bonnard), et le fait nécessairement, suivant les lois causales. Ainsi, il n'iait la liberté individuelle, qui est la caractéristique essentielle de notre action suivant les idéaux et que chacun de nous sent fortement comme existant réellement en nous.

Il y a encore une question ici. Comme nous l'avons dit, toute vie sociale intense, tout « état d'effervescence » n'est pas un idéal ; l'idéal même se distingue de cet état d'effervescence, puisqu'il n'est qu'une idée, créée ou découverte par l'état d'effervescence. Or, avons-nous dit, il y a des idées mauvaises. Comment l'individu distinguera-t-il l'idéal des idées qui ne représentent pas des idéaux ? Il se pose, donc, la question de *connaissance* des idéaux sociaux par l'individu, très difficile. Et, en général, comment distinguer par exemple dans le droit, qui, d'après la définition même qu'en donne Durkheim, est un « système de valeurs, partant, des idéaux » (216), — quelles normes sont bonnes, désirables, idéales, et quelles sont celles qui ne le sont pas et doivent être changées ? Si le fait social est un idéal, chaque fait social, alors tout ce qui existe est idéal, et nous arrivons à l'affirmation célèbre — et dangereuse ! — de Hegel : tout ce qui est réel est rationnel.

La réalité est donc tout autre : dès que je me trouve devant un idéal social, cet idéal est un fait, égal à tous les autres, et que je constate par le *jugement de réalité*, comme tous les autres. Il faut que j'émette un *jugement de valeur* personnel, valable pour moi, que j'adopte le jugement de valeur social, pour qu'il devienne obligatoire pour moi. Et ce jugement de valeur individuel n'est pas provoqué nécessairement, suivant les lois causales, par le jugement de valeur social : l'individu y jouit d'une certaine liberté. Ce n'est pas une « autorité supérieure » qui peut créer une obligation normative, c'est le jugement de valeur personnel.

(216) Durkheim : *op. cit.*, p. 141.

44. — L'explication de Durkheim, donc, ne nous satisfait pas (217). Mais il reste beaucoup de faits positifs qui peuvent être admis et que Durkheim a particulièrement mis en lumière. En dehors de ce que nous avons déjà énuméré comme important et acceptable dans la théorie de Durkheim (v. ci-dessus N° 38), la chose essentielle (à laquelle, du reste, se ramène tout) affirmée par Durkheim est positivement acceptable : c'est qu'il existe dans chaque groupe social un idéal social, un idéal accepté généralement (« universellement ») dans ce groupe. Le résultat est précieux, parce qu'il est indiscutable. Mais encore faut-il ajouter que le contenu de cet idéal est quelquefois trop pauvre pour pouvoir régler toute la vie du groupe, et que, au surplus, l'individu peut prendre une position négative et critique envers cet idéal. Cet idéal social est aussi la création collective du groupe social (mais cela n'empêche pas que l'individu prenne la position critique, comme nous l'avons dit) en ce sens qu'il n'aurait pas existé sans le groupe social, l'individu ne l'aurait pas créé seul.

L'immense mérite de la théorie durkheimienne est aussi, à notre avis, d'avoir posé ce principe que l'idéal est aussi un *fait réel*, réellement existant dans nos consciences, qu'il est aussi un *Sein*, tout en étant un *Sollen*. Sur cette base, croyons-nous, on peut arriver à une solution positiviste satisfaisante du problème difficile de la liaison entre le fait, le réel, et l'idéal, la valeur. Nous croyons que l'affirmation de l'école de Kelsen et du droit naturel que l'idéal est un *Sollen*, et l'affirmation de l'école sociologique qu'il est un *Sein*, sont deux « points acquis » pour la science, et qu'elles ne se contredisent pas, mais, au contraire, peuvent être mises en harmonie.

(217) Quant à Davy, il nous semble qu'il n'a ajouté rien d'essentiellement nouveau à la théorie de Durkheim, sauf qu'il a accentué encore plus que Durkheim l'opposition primordiale qui existe entre l'idéal et la causalité, par laquelle, selon cette conception, l'idéal doit être expliqué. Il a accentué cette opposition car ses explications ont une note nettement plus idéaliste que celles de Durkheim. Et pourtant lui aussi croit que l'idéal est entièrement explicable par des causes, suivant les lois de causalité, parce que l'idéal est un fait observable (V. *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, pages 161-162). — Nous pensons nous aussi que l'idéal est un fait observable, mais un fait qui se distingue nettement des autres faits par sa force obligatoire spéciale, force qui nous laisse notre liberté, et qui, par conséquent, n'est pas entièrement explicable par des lois causales, ou, au moins, ne l'est pas encore (compte fait de l'état actuel de la science positive).

§ 3. — *Les théories de la conscience individuelle*

45. — I : *Tarde*, comme nous l'avons vu, défend l'idée qu'il n'y a pas de conscience collective, mais seulement des consciences individuelles. La sociologie, pour lui, est une psychologie inter-cérébrale (218), et la société « une collection d'êtres en tant qu'ils sont en train de s'imiter entre eux ou en tant que, sans s'imiter actuellement, ils se ressemblent et que leurs traits communs sont des copies anciennes d'un même modèle » (219), non pas un « tout » différent et nouveau. Le phénomène social essentiel est l'*imitation* (220), qui est « l'impression mentale à distance par laquelle un cerveau reflète en un autre cerveau ses idées, ses volontés, même ses manières de sentir » (221). On pourrait dire, en langage moderne, que c'est l'imitation qui intègre la société. Le fait social n'est que le fait psychique individuel, une invention, qui s'est généralisée par l'imitation (222). Tout s'explique par l'imitation : imitation-mode, imitation-coutume, imitation-obéissance. Pour chaque fait social, il y a un genre d'imitation différent.

Sur cette théorie générale de *Tarde*, nous n'avons à dire rien de plus que ce que nous avons déjà dit : elle pèche par excès d'individualisme. De plus, cette théorie, qui est une théorie *causale*, qui prend l'imitation pour un fait ayant ses effets nécessaires, n'a pas d'importance pour notre recherche de la force obligatoire *normative* spécifique, laquelle se distingue des forces agissant suivant les lois causales par la liberté qu'elle nous laisse.

46. — Du reste, *Tarde* lui-même a exposé une théorie de la force obligatoire juridique qui est plus proche de notre point de vue. En critiquant *Durkheim*, *Tarde* souligne fortement que, sans l'idée de finalité, de la valeur, on ne peut pas concevoir l'idée de l'obligation ni distinguer ce que l'on doit faire de ce que l'on ne doit pas faire (223). Il est dès lors nécessaire d'admettre un pluralisme de phénomènes, l'idée que tout ne peut être ramené et expliqué par des lois causales. La causalité ne régit qu'une série

(218) V. *Tarde* : *Etudes de psychologie sociale*, pages 47-48.

(219) *Ib.* : *Les lois d'imitation*, p. 75.

(220) *Ib.* : *op. cit.*, pages 15, 75.

(221) *Ib.* : *Psychologie sociale*, p. 45.

(222) *Ib.* : *op. cit.*, p. 38.

(223) *Ib.*, *op. cit.*, pages 153 et suiv.

de phénomènes, tandis que la normativité régit aussi souverainement l'autre série. La causalité n'est pas supérieure à la normativité; elles sont toutes deux des lois au même titre (224). Selon Tarde, l'obligation juridique est une espèce de l'obligation morale, et celle-ci, l'espèce d'obligation finale, qu'il explique ainsi : « Quand je me sens obligé à quelque chose, c'est toujours parce que je désire obtenir un avantage ou éviter un préjudice, et que je crois atteindre ce but en faisant quelque chose » (225). Il a construit un « syllogisme moral » (226) pour expliquer clairement sa conception du devoir, de l'obligation. Ce syllogisme est la combinaison du désir (majeure) et de la croyance (mineure), dont résulte le devoir (conclusion). Par exemple :

- 1° je *veux* creuser un puits,
- 2° je *crois* qu'ici il y a une source,

- 3° je *dois* creuser ici.

Cette autre théorie de Tarde est très attrayante. Elle tient compte du caractère particulier que présente l'obligation. Elle admet que la valeur, qui est représentée par le *désir*, de même que chez Durkheim, joue un grand rôle dans l'obligation. Cette théorie, donc, constitue une base solide pour des investigations ultérieures. Nous trouvons que l'influence sociale est négligée au profit de celle de l'individu. La conception de l'idéal comme un simple désir a quelque chose d'instable et de trop subjectif et ne suffit pas pour expliquer la grande force de l'idéal. Pour une partie, cela provient aussi de la négligence de l'influence sociale, dans la création de l'idéal. L'idéal ne peut être ramené à un simple désir, qui est un fait causal. A côté du désir, il y a en lui d'autres éléments. Tarde a aussi bien senti qu'il existe des conflits entre nos désirs (227). Et c'est ici justement qu'intervient notre conception de la valeur : une *valeur*, quelque fort que soit le désir qui lui est hostile, peut prévaloir sur le désir, et nous inciter à la réaliser. Nous instituons une échelle de désirs selon leur valeur, non pas selon leur intensité, et ainsi nous réglons des conflits entre les désirs.

(224) *Ib.* : *Les transformations du droit*, p. II.

(225) *Ib.*, *op. cit.*, p. 129.

(226) *Ib.*, *op. cit.*, pages 125-126.

(227) *Ib.*, *op. cit.*, p. 133.

De Tarde, il faut retenir que l'obligation ne peut être autre que réelle, efficiente. Avec sa conception de l'idéal comme désir, il a institué une théorie nettement réaliste de l'obligation, qui l'est plus nettement que la théorie durkheimienne. Il n'examine pas ce que nous *devons* faire, et ne fonde pas une obligation sur cette base; mais il veut constater ce que nous faisons réellement, à la suite d'un idéal efficient et réel. On peut bien constater qu'il n'a pas approfondi sa conception, mais cette conception est bien fondée : une obligation réelle, un idéal réel comme base. De plus, il faut retenir aussi que c'est l'individu qui se sent obligé, et cela non pas par le produit d'une conscience collective postulée et indémontrable, mais par sa propre conscience.

47. — II. — En s'appuyant sur la conscience individuelle, de même que Tarde, *Duguit* a donné aussi une théorie de la force normative de la norme juridique. Chez lui, pourtant, à côté du moment de la conscience, joue un grand rôle un élément matériel : la solidarité. Un si grand rôle que peut-être il ne serait pas justifié de ranger Duguit parmi les théoriciens qui fondent l'obligation sur la conscience. Mais nous croyons que c'est tout de même le mieux, puisque cet élément matériel lui-même est donné à travers la conscience, comme la conscience de la solidarité sociale (228), et que, à côté du sentiment de la solidarité, un autre sentiment joue aussi un grand rôle dans l'obligation juridique : le sentiment de la justice, qui est, déjà, un fait purement psychique.

Du reste, Duguit lui-même a dit qu'il a donné l'explication de l'obligation par la solidarité seulement comme un essai intéressant et non pas comme une théorie définitive, et que, dans le droit, le principal est que sa norme soit *une croyance de la masse*, donc un fait de la conscience (229).

La méthode de Duguit est strictement réaliste et positiviste — on disait même qu'elle est agnostique (230) et simpliste — c'est-à-dire qu'elle est basée exclusivement sur l'observation des

(228) Comp. dans le même sens : Tassitch : *Le réalisme et le normativisme dans la science juridique* (Revue internationale de la théorie du droit, 1926-27, p. 166).

(229) V. Duguit : *Les transformations du droit public*, pages 44-45.

(230) V. Géný : *Science et technique*, t. II, p. 197.

faits observables (231). Nous verrons s'il est resté conséquent jusqu'au bout avec sa méthode.

48. — D'après Duguit, il n'existe que des consciences individuelles; tout le reste est de la métaphysique (232). S'il y a quelque chose d'essentiellement réel, chose « en soi », c'est certainement la conscience individuelle, si fortement constatée par Descartes (233). Il est possible seulement que plusieurs individus pensent la même chose, ou peut-être tous (234). Dès lors, le fondement de l'obligation doit être cherché dans la conscience individuelle, non pas collective.

L'obligation est régie non pas par la loi causale, nécessaire, mais par la loi de but, qui nous laisse notre liberté. C'est la distinction capitale que Duguit fait entre la norme et le fait, de même que les normativistes (235).

Il y a des normes sociales, dont une espèce seulement sont les normes juridiques. La norme juridique est norme sociale (économique ou morale), dont la masse des consciences individuelles sent qu'il est nécessaire, pour le maintien de la solidarité (sentiment de solidarité) et de la justice (sentiment de justice), qu'elle soit sanctionnée par la contrainte sociale (236). Mais la norme juridique n'est pas obligatoire en raison de ces deux sentiments, ni de cette sanction, si elle est organisée; elle est obligatoire en tant que norme sociale (237).

(231) Nulle part, peut-être, Duguit n'a plus sévèrement exprimé son mépris de la métaphysique que dans sa réponse à Hauriou dans l'appendice de ses *Transformations du droit privé*, quand il dit que toutes les investigations d'Hauriou sur la question de savoir s'il y a ou non deux séries de choses, si l'être est libre ou non, etc., ne sont que « de beaux poèmes et pas autre chose » (p. 191), et que cela est « tout à fait indifférent pour l'étude positive des faits sociaux » (p. 190).

(232) V. Duguit : *Traité*, t. I, p. 131 (III^e éd.), — comp. Tassitch : *op. cit.* (Rev. Internationale, 1927-28), p. 23 ; Tassitch : *Duguit et les sociologues positivistes* (Rev. Internationale, 1927-28, pages 204-209) où il affirme que, en rejetant le concept de la conscience collective, Duguit s'est montré plus positiviste que les sociologues positivistes eux-mêmes.

(233) V. Duguit : *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (désormais désigné ici : *L'Etat*), p. 25.

(234) *Ib.* : *Traité*, t. I, *loc. cit.*

(235) *Ib.* : *L'Etat*, p. 81 ; *Traité*, t. I, pages 67-70, 78-80.

(236) *Ib.* : *Traité*, t. I, pp. 92-93; 143-145.

(237) *Ib.*, *op. cit.*, p. 141.

Pour comprendre cette obligation, il faut savoir que la norme sociale est le produit d'un fait : solidarité sociale, et qu'elle s'impose à l'homme non pas parce que la solidarité est une valeur (parce qu'elle est bonne), mais parce qu'elle est un fait, parce qu'elle *est* (238). Les hommes sont solidaires et conscients; ce sont deux faits essentiels; ils ne peuvent vivre autrement — à cause de la solidarité qui les lie — qu'en société, et, par cela même, ils sont obligés de se conformer à une loi sociale, à une norme (239). Ils s'y conforment d'une façon toute consciente et réfléchie, car ils ne seraient pas des hommes, s'ils n'agissaient ainsi (240). La norme s'impose aux hommes avec la même force que la loi biologique aux cellules de l'organisme, et la seule différence est que les hommes se conforment à la norme comme conscients, tandis que les cellules sont inconscientes (241).

49. — L'explication de Duguit est donc toute proche des théories biologiques que nous exposerons ensuite. La norme pour Duguit est une loi de but, qui nous laisse notre liberté, mais qui se fonde sur un fait social, solidarité, qu'elle réalise, et ce fait, lui, est nécessaire pour nous, il n'est pas une valeur que nous pouvons librement réaliser ou non, mais un fait que nous sommes contraints de réaliser et qui sera réalisé en tant qu'il est vraiment et strictement nécessaire, que nous le voulions ou non. Il y a donc une contradiction fondamentale chez Duguit entre notre liberté et la solidarité nécessaire. Sa conception se révèle impuissante à expliquer l'obligation *normative* qu'il a, lui-même, présentée comme libre et consentie. La solidarité, en tant que nécessaire, se réalisera même contre nous — il ne faut pas pour cela imaginer des lois de but et notre liberté consciente : la solidarité agit par des lois causales. Et en tant qu'elle n'est pas nécessaire (s'il y en a de telles, et il semble qu'il en existe, puisque Duguit reconnaît notre liberté et les lois de but), elle ne se réalisera jamais si elle s'impose à nous comme

(238) *Ib.* : *Etat*, p. 16.

(239) *Ib.* : *Traité*, t. I, p. 66.

(240) *Ib.*, *op. cit.*, t. I, p. 152.

(241) *Ib.*, *op. cit.*, pages 77-80; comp. Duguit : *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 188, où il dit que la seule différence entre une pierre qui tombe suivant la loi physique et l'homme qui obéit à la norme, est que « il est probable, et non pas certain d'ailleurs, que la pierre n'en a conscience », tandis que l'homme en est conscient.

un fait (puisque en tant que fait elle se réalise déjà nécessairement, sans notre volonté); il faut qu'elle s'impose comme une valeur, que nous voulions bien la réaliser, non pas que nous y soyons contraints — et nous ne le voudrions pas si elle n'est pas pour nous une valeur, un idéal.

Duguit pourtant n'explique pas pourquoi l'homme se conformera à la solidarité plutôt qu'à un autre fait quelconque, pourquoi elle est un *devoir*, pour lui (242). « L'homme est solidaire de tous les autres hommes, il veut la solidarité, parce qu'il *ne peut pas* ne pas être solidaire; et par cela même il *doit* vouloir la solidarité », dit Duguit (243). Dans cette phrase est toute sa théorie et l'on y voit toutes ses erreurs.

Il affirme, d'abord, que la solidarité existe, ce qui est vrai; puis que l'homme la *veut*, ce qui est discutable; ensuite qu'il la veut, parce qu'il *ne peut pas* ne pas être solidaire, — ce qui est une raison étrange et qui identifie la valeur avec les faits [car l'homme veut quelque chose qui représente une valeur pour lui, et il la veut *parce qu'elle est de la valeur*, — il ne peut pas la vouloir *parce qu'elle existe* comme un fait nécessaire, et, si elle existe, il ne la veut pas *parce qu'elle existe* nécessairement pour lui, mais *parce qu'elle représente en même temps une valeur* pour lui (244); — dire que l'homme veut la solidarité parce qu'elle existe nécessairement, c'est identifier le fait avec la valeur]; enfin, ce qui est le plus curieux, qu'il *doit* la vouloir, par *cela même*. Duguit tire des faits directement les normes, les valeurs, les devoirs, les idéaux, et d'une manière qui est incompréhensible (245).

A vrai dire, cette manière est bien explicable, il faut seulement y ajouter quelques constatations que Duguit n'a pas faites. En réalité, Duguit a fait ici une supposition (que l'individu veut la solidarité), et un jugement de valeur (qu'il doit la vouloir). Puisque

(242) Comp. Géný : *op. cit.*, t. II, pages 262-263 ; Reglade : *op. cit.*, page 164.

(243) *L'Etat*, p. 91.

(244) Du reste, à quoi bon la vouloir si elle existe déjà, notre vouloir n'augmente pas et ne diminue pas l'existence, qui est nécessaire.

(245) Comp. Cuche : *En lisant les juristes philosophes*, p. 28 : « Si notre coopération à la solidarité sociale reste libre et volontaire, notre volonté doit y être sollicitée par un but, un idéal, une fin »; p. 29 : « Suf-
fit-il donc qu'une chose *soit* pour qu'il *faill*e travailler à la faire *être* da-
vantage » ; aussi, pages 31-32 ; comp. aussi Piot, *op. cit.*, p. 42.

L'homme ne peut vivre, ou du moins pas bien, sans la solidarité, Duguit suppose que l'homme veut la solidarité (et il est possible pourtant qu'il ne la veuille pas) et conclut qu'il *doit* la vouloir, donc, qu'il est raisonnable qu'il réalise la solidarité. Ce *doit*, c'est le jugement de valeur que Duguit fait sans le dire, et d'où il tire l'obligation. Il est clair donc que Duguit implicitement reconnaît la valeur comme fondement de l'obligation (246), puisqu'il conçoit la solidarité, en réalité, comme valeur.

Evidemment, la question reste entièrement ouverte si la solidarité est bien de la valeur, et si elle est une valeur si capitale qu'elle puisse fonder l'obligation; comme aussi si l'on doit admettre que la masse fasse le droit (247). Il semble bien que sur les deux questions on doive répondre par la négative (248). Il est intéressant que Duguit ne distingue pas la force obligatoire de la norme juridique de la force obligatoire de la norme sociale « pure ». Il a bien constaté la différence qui existe entre la norme sociale et la norme juridique, mais il ne s'est pas demandé quelle est l'importance de cette différence pour la force obligatoire de la norme juridique. Autrement il aurait dû constater qu'il y a une différence de contenu, et, partant, d'importance entre la norme sociale et la norme

(246) Comp. Hauriou : *Idées de Duguit*, p. 35. — C'est en vain que Politis (*L'influence de la doctrine de Léon Duguit sur le développement du droit international*, dans « Archives », 1932, p. 80) essaie de défendre la conception de Duguit en disant qu'un *fait*, comme la solidarité, peut fonder l'obligation normative s'il est devenu un *fait de conscience*, — car cela n'explique rien ; l'individu est conscient de tous les autres faits, mais ils ne sont pas le fondement de l'obligation. — De même Bonnard (*La doctrine de Duguit sur le droit et l'Etat*, dans « Revue internationale de la théorie du droit », 1926-27, pages 18-40), explique la conception de Duguit par le fait qu'il veut créer une théorie réelle, positiviste de l'obligation, pour laquelle il devait utiliser des faits et n'avait pas besoin d'une notion métaphysique de devoir. Cette explication n'est pas fondée, car justement pour une obligation réelle, positive, on a besoin de la notion de valeur (Bonnard lui-même l'adopte, comme nous l'avons vu). Comp. aussi Davy (*Le problème de l'obligation chez Duguit et Kelsen*, « Archives », 1933, p. 10), qui dit aussi que le sentiment qu'une règle est essentielle pour un groupe social ne la fait pas obligatoire *ipso facto*.

(247) V. Tassitch : *L'Etat et le droit*, p. 182.

(248) Comp. la critique magistrale que fait Hauriou de la solidarité comme fondement de l'obligation : du fait que la solidarité est nécessaire à l'homme, dit-il (*Les idées de M. Duguit*, dans « Recueil de législation de Toulouse », 1911, pages 1-40, pages 35-36), Duguit conclut qu'il faut toujours agir pour augmenter la solidarité ; or, c'est autant justifié que de déduire du fait que l'homme ne peut vivre sans l'atmosphère, qu'il serait mieux pour lui de vivre sous deux ou trois atmosphères.

juridique, puisque la société cherche pour les normes juridiques une contrainte sociale. Et puisque toutes les normes, sociales aussi bien que juridiques, se fondent sur la solidarité, et puisque la société exige que les normes juridiques soient sanctionnées, il aurait dû constater qu'il y a une différence entre les diverses espèces de solidarité, différence qui ne peut être qu'une différence de valeur, et que la société cherche à réaliser (par la contrainte) plutôt une solidarité qu'une autre. Encore faut-il remarquer que, par sa conception que la solidarité est une valeur, un idéal pour l'individu, que l'individu doit le considérer comme tel sans avoir égard à son propre jugement de valeur, Duguit fait d'un idéal objectif, indépendant de l'individu, de même que Durkheim (seulement, au lieu que ce jugement impose la conscience collective, comme chez Durkheim, c'est ici la réalité sociale même qui l'impose, ou mieux, l'interprétation de cette réalité par Duguit), le fondement de la force obligatoire normative; or, un tel idéal est incapable de fonder une obligation réelle (comme nous l'avons exposé, il doit être *adopté* par l'individu).

50. — Du reste, à la fin de sa vie, Duguit a reconnu lui-même l'importance de la notion de valeur dans l'obligation juridique, et il a essayé de fonder expressément la valeur et l'idéal sur le fait. Ainsi, dans la préface de la III^e édition de son « *Traité* », il affirme que le positivisme et le réalisme n'excluent pas l'idéalisme ni l'institution d'une échelle de valeurs. L'idéal est précisément la solidarité, donc un fait, qui doit être réalisé, et les actes humains ont d'autant plus de valeurs qu'ils contribuent plus à cette réalisation (249). La même tendance est visible dans l'introduction du sentiment de la justice dans la notion du droit; justice qui est certainement un *idéal* (250).

En outre, dans les manuscrits de Duguit a été trouvé un plan de conférences qu'il devait faire sur la notion de valeur (251). Là aussi Duguit identifie la valeur avec un fait : c'est la solidarité qui est la valeur. « La valeur d'un fait, ou d'un acte, se détermine par sa conformité au réel, à l'être... Le réel social est la solidarité

(249) *Traité*, t. I, p. XVIII ; v. aussi pages 98-99.

(250) Comp. Davy : *Sociologie*, I, pages 80, 82.

(251) V. Bonnard : *Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales*, dans « *Archives* », 1932, pages 7-19.

sociale », dit-il (252). Selon Bonnard (253), il y a deux conceptions de la valeur : 1° valeur comme source de la norme : la valeur est créatrice de ce qui *doit* être; 2° valeur comme conséquence de la norme existant indépendamment de la valeur : la valeur est ce qui est conforme à la norme, ce qui *est*. Selon Bonnard, Duguit est pour la deuxième conception, puisqu'il fonde la norme sur un fait : solidarité, et proclame pour valeur ce qui est conforme à la norme. Duguit donc n'est pas parvenu à fonder l'obligation sur la valeur, quoiqu'il adopte la valeur. — Nous pensons que la division de Bonnard est plutôt artificielle, car dès que la valeur est ce qui est conforme à la norme, il est clair que la solidarité — le fait, le fondement de la norme — est une valeur, et, partant, aussi le fondement de l'obligation. L'erreur de Duguit est d'identifier la valeur avec le fait, le fait qui, s'il est un fait, n'a pas besoin, pour être réalisé, d'être une valeur. En tant, donc, que Duguit fait cette identification, Bonnard a raison. Mais, comme nous l'avons vu, Duguit ne conçoit pas la solidarité, ou, au moins, toute solidarité, comme un fait nécessaire, mais aussi comme quelque chose que nous *devons*, rationnellement, réaliser; donc, comme une valeur, car autrement elle ne peut être réalisée; c'est donc Duguit lui-même qui fonde l'obligation sur la valeur, et, ici, Bonnard a tort.

51. — Il est intéressant de remarquer un changement dans la conception de Duguit sur l'obligation de la norme juridique. Tandis que dans *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, il concevait la norme comme un impératif (p. 81), il la conçoit dans le *Traité* (pp. 82, 149), comme un jugement hypothétique. La formule de la norme est : si A fait *x*, il y aura *y* (le désordre social); dès lors, que A fasse C (devoir). Bref, si tu veux éviter le désordre social, fais ce que dit la norme sociale. D'autre part, la norme juridique est un jugement hypothétique aussi : si tu veux éviter la sanction, fais ce que la norme dit. Mais cette conception réduit de beaucoup l'importance de la solidarité — fait comme fondement de l'obligation. Si la solidarité ne s'impose pas à l'homme par la force de l'impératif, l'homme sera enclin à ne pas la réaliser. Et ainsi, ce n'est plus la solidarité qui est le fondement de l'obligation, mais la sanction. Par là, le droit s'approche de la force. En tout cas, cette

(252) V. Bonnard : *op. cit.*, p. 9.

(253) V. *Ib.*, *op. cit.*, pages 17-18.

conception augmente encore la contradiction intérieure du système de Duguit, contradiction entre la solidarité — fait nécessaire et la solidarité — source de l'obligation d'une loi de but.

Sa théorie se présente ainsi comme inachevée : elle n'a pas atteint son évolution complète, dont elle contenait cependant les éléments. Le mérite de Duguit n'en reste pas moins grand, en tant qu'il a essayé de donner une théorie réaliste de l'obligation efficiente, réelle, basée sur la conscience individuelle. Il a montré que cette conception était possible.

SECTION II

Les théories socio-biologiques

Nous exposerons les théories de Scelle et de Bergson, qui ont ceci de commun qu'elles soulignent l'élément biologique et nécessaire dans l'obligation plus que celui de la conscience.

§ 1. — *La théorie de M. Scelle*

52. — M. Scelle s'appuie sur la théorie sociologique, et spécialement sur celle de Duguit, mais il développe jusqu'à ses conséquences logiques cet élément de la nécessité du fait social, de la pression extérieure du fait social sur lequel la norme se base, de sorte que la norme devient *biologiquement* nécessaire. Selon lui, le droit est d'origine *biologique*, la société ne pouvant vivre sans le droit. Le caractère obligatoire de la norme juridique provient de la « nécessité de ces rapports (individuels et internationaux), qu'ils soient originellement *indispensables* à la vie de chaque groupe, ou qu'ils acquièrent, par la division du travail, la force d'une *nécessité biologique*. A cette conscience de la nécessité pourront sans doute s'ajouter des jugements de morale ou de justice, mais ce ne seront toujours là que des éléments adventices » (254). Par son essence, la norme est une loi biologique; entre la norme et la loi biologique, la seule différence est celle établie par Duguit : les hommes

(254) Scelle : *Droit des gens*, t. I, p. 3.

obéissent consciemment à la norme. La loi chimique, dit Scelle (255), ne cesse pas d'être une loi chimique, quoique nous l'employions consciemment dans un but déterminé; de même la loi biologique ne cesse pas de l'être si nous l'employons comme norme juridique. Et M. Scelle de donner des exemples : les hommes, pour se nourrir, doivent se transporter vers la nourriture; un chef donne l'ordre de se transporter — c'est une loi biologique devenue la norme juridique.

53. — Cette théorie est inacceptable pour nous. M. Scelle, comme cela a été bien remarqué (256), confond, dans une mesure encore plus grande que Duguit, la norme avec la loi biologique. Si la norme est une loi biologique, l'homme n'est pas libre de l'appliquer ou non; elle est nécessaire. En réalité, l'homme est libre, puisqu'il peut ne pas obéir à la norme; il peut ne pas accepter la société, et, même, la vie, s'il est nécessaire que, pour vivre, il faille obéir à la norme (257). Si l'homme n'est pas libre d'accepter la société, la vie, etc. — donc les *valeurs* que la norme réalise, il n'y a pas du tout de norme, mais seulement la nécessité. Il faut donc dire, non que la norme est obligatoire parce qu'elle est nécessaire pour la société et la vie, mais qu'elle est obligatoire parce qu'elle réalise les valeurs : vie, société, que l'homme adopte (s'il le veut) (258). Ainsi, la norme devient fonction de la valeur; la valeur, non pas la nécessité, devient le fondement de l'obligation normative. Les hommes ne sont pas tenus nécessairement d'obéir à l'ordre du chef; ils obéiront s'ils veulent vivre d'abord, et puis s'ils veulent se nourrir de la manière que le chef ordonne — on voit donc que la norme n'oblige pas nécessairement, quoique dans tous ces cas la loi biologique qu'il faut se nourrir pour vivre oblige nécessairement.

M. Scelle confond en effet trois sortes de lois différentes : loi biologique de la nécessité de se nourrir; loi sociologique d'après laquelle, pour se nourrir, il faut obéir à un chef; loi juridique, la norme, enfin, l'ordre du chef de se déplacer. — Ces trois sortes de lois ont chacune un degré différent de nécessité; la loi biologique est nécessaire, mais c'est une loi de finalité (les hommes se nourrissent en tant qu'ils veulent vivre); la loi sociologique est moins

(255) V. *Duguit et le droit des gens*, dans « Archives », 1932, p. 102.

(256) Réglade : *op. cit.*, p. 167.

(257) Comp. *Ib.*, *op. cit.*, *loc. cit.* l'homme peut rejeter la société. (aller à une île déserte), ou la vie.

(258) Comp. La Fur : *Les grands problèmes*, p. 85.

nécessaire (259) (il n'est pas démontré que tous les groupes sociaux, pour se nourrir, doivent obéir à un chef); la norme n'est pas nécessaire du tout, l'homme est libre. Il est vrai, donc, que la loi biologique se trouve à la base de la norme, mais elle n'est pas le fondement de sa force obligatoire.

Quant à l'exemple que donne M. Scelle, il est une preuve de son erreur : la loi chimique que nous employons dans un but, reste la loi chimique, mais elle n'est pour nous qu'un moyen, non une norme. C'est une loi naturelle que nous employons en vertu d'une norme nous ordonnant cet emploi en vue de la réalisation du but déterminé; et cette norme n'est pas obligatoire comme la loi chimique et elle ne tient pas sa force obligatoire de la loi chimique, mais de la fin-valeur qu'elle réalise.

Nous sommes, du reste, convaincu que la pensée de M. Scelle est identique à la nôtre, car, étant positiviste, il ne peut pas nier les faits observables, qui nous disent que l'homme est libre. M. Scelle croyait peut-être qu'il ne faut pas insister là-dessus.

§ 2. — *La théorie de Bergson*

54. — Bergson aussi a donné une théorie biologique de la force obligatoire de la norme, quoique ce terme soit très sec pour sa théorie si fine et si souple, et qui, du reste, se base non pas sur un biologisme matérialiste, mais sur sa conception du vitalisme, de l'élan vital, qui est une conception décidément spiritualiste. Du reste, la théorie socio-biologique chez Bergson, avec une nuance de nécessité, ne se rapporte qu'à une sorte de morale — morale « close » — qui est en effet du *droit* (car elle en a toutes les caractéristiques), mais non pas à la morale « ouverte », dont la force obligatoire est expliquée par une théorie beaucoup plus *spiritualiste* et plus proche de notre propre conception.

D'après Bergson, aujourd'hui, dans la société très évoluée, la morale nous est donnée sur le plan de l'intelligence, comme un *concept* construit par la raison (260), et l'on pourrait se tromper

(259) Boutroux a bien formulé ce caractère facultatif des lois sociologiques, en disant qu'elles sont *indispensables* (pour réaliser une fin), mais non pas *nécessaires* (*De l'idée de loi naturelle*, pages 131-132).

(260) V. Bergson : *Les deux sources de la morale et de la religion*, p. 85.

et penser que c'est la raison qui confère à la norme sa force obligatoire. Ce n'est pas cependant vrai; et Bergson critique avec une grande force les théories rationalistes d'obligation (pp. 16, 18, 88-89, 291), surtout celle de Kant. Contre les raisons de la raison, dit-il, on peut toujours trouver des contre-raisons, ou, tout simplement, la volonté peut refuser d'obéir sans discuter les raisons (p. 90). Il faut donc descendre au-dessous de la raison pour chercher le fondement de l'obligation.

Ainsi Bergson constate que, selon les sources de l'obligation, il y a deux sortes de normes, quoiqu'elles soient toutes les deux entremêlées dans la raison, au bout de l'évolution. Les unes sont obligatoires à cause de la pression, de l'exigence de la société, car elles sont *nécessaires* pour le maintien de la forme sociale, pour la vie humaine (pp. 7, 15, 17). Elles se ramènent aux habitudes; et chacune d'elles tire sa force obligatoire de l'ensemble des normes tout entier, qui est nécessaire, et derrière lequel se trouve toute la société avec toute son autorité. Elles sont des produits de la société « close », faite pour se défendre contre les autres sociétés (pp. 27-28). La seconde sorte de normes, la haute morale, est obligatoire, non pas par la nécessité, mais par la force d'attraction, d'amour que nous éprouvons envers des grands hommes qui nous « appellent », dans une société « ouverte », l'humanité tout entière (pp. 27, 35-36, 41-46). « Leur — de ces grands hommes — existence est un appel » (p. 30). A la base de la première morale est la pression; à la base de la seconde, l'amour (p. 46).

Mais d'où viennent cette pression et cet amour ? — Bergson, conformément à sa conception générale, réduit l'une et l'autre à l'élan vital et à son évolution créatrice. La première morale, en réalité, est pareille aux lois de la société animale — elle correspond à l'instinct chez les animaux, elle est créée en vue du maintien de la vie et de la société; elle est conservatrice et immobile comme l'instinct (p. 48). Chaque norme, il est vrai, ne nous oblige pas instinctivement, mais précisément suppose au contraire notre liberté (p. 24); l'ensemble de ces normes pourtant a la force de l'instinct, aussi bien en intensité qu'en régularité (p. 21); « Le tout de l'obligation... est un instinct virtuel » (pp. 22-23). Cette morale, donc, est comme un produit de la nature et elle a la force des lois naturelles. La nature, ou l'élan vital, emploie ici la liberté relative de l'homme comme un moyen pour le maintien de la vie, et agit

sur la conscience humaine par des habitudes mécanisées » (p. 52). La seconde morale est l'œuvre de grandes personnalités, imprévue par la nature; elle est la création de l'intuition humaine; c'est là que l'élan vital, matérialisé dans l'intuition, se libère des liens qui l'attachent et crée immédiatement le progrès dans l'évolution créatrice, en détruisant les anciennes formes de la société, construites par l'ancienne morale instinctive (pp. 52, 98). Au fond, donc, la pression comme l'amour se ramènent à l'élan vital, qui les emploie comme ses moyens.

Les deux morales se mêlent dans l'évolution ininterrompue; la tendance au plus haut et l'amour, dès qu'ils sont réalisés, commencent à être exigés par la société sous sa pression, « l'ouvert se clot » (p. 288) et il faut un nouvel effort pour que la société s'ouvre de nouveau par l'amour, — et ainsi sans cesse. Pourtant, il ne faut pas concevoir toute cette évolution incessante comme la réalisation progressive d'un idéal objectif (à la manière de Hegel), car il y a toujours dans l'évolution la création du nouveau et de l'imprévu, et c'est seul l'élan vital qui reste toujours un, identique (p. 289).

55. — Comme l'on voit, cette théorie est fortement construite et très séduisante. Pour la science, il faut isoler en elle les éléments métaphysiques qui ne peuvent pas être démontrés et, partant, discutés, en qui l'on ne peut que croire, et ne retenir que les éléments « physiques » qui le peuvent être. Un tel élément métaphysique est l'élan vital et toute l'explication philosophique générale, basée sur lui. Il est vrai que les normes, et les valeurs en particulier, sont dans une dépendance étroite de la vie, mais cela peut être conçu sans l'intervention de l'élan vital.

De ce qu'il y a de « positif » dans cette théorie, nous rencontrons en premier lieu la pression sociale, la contrainte que la société exerce sur ses membres en vue de l'application des normes. Cette pression est conçue comme un besoin biologique, une nécessité. C'est, de même que chez M. Scelle, la conception réaliste et matérialiste sociologique poussée jusqu'au bout dans ses conséquences logiques. Nous n'avons pas besoin d'exposer ici de nouveau la contradiction irréductible entre cette pression nécessaire et la liberté, nécessaire elle aussi pour l'existence des normes. Si l'ensemble des normes est nécessaire et tend vers l'instinct, chaque norme particulière ne l'est pas, comme le dit du reste Bergson lui-même. Où est la solution alors ? — Nous ne la voyons pas, chez Bergson.

On ne peut pas tirer l'obligation morale, normative (c'est-à-dire une obligation impliquant la liberté du sujet) de la nécessité (niant la liberté) de l'ensemble des normes. Il faut dire, inversement, que chaque norme est nécessaire et libre à la fois. Nécessaire, car l'action consciente de l'homme est impossible sans des normes, l'action prise dans le sens large de l'action proprement dite et de l'inaction; libre, parce que l'homme peut librement choisir la norme à laquelle il obéira. Mais alors, ni la nécessité, ni la liberté ne sont les sources de l'obligation normative, c'est toujours une seule et même source : la valeur, valeur que l'homme réalise en action.

Beaucoup plus importante, et plus exacte, pensons-nous, est la seconde partie de la théorie de Bergson, d'après laquelle la source de l'obligation normative est l'amour, l'attraction. Il se sépare ici nettement de l'école sociologique, et trouve une nouvelle conception de l'idéal, seulement, au lieu de lier l'amour aux grands hommes, il faut le lier aux idées, aux idéaux. C'est, au fond, la pensée de Bergson aussi, car les grands hommes ne nous attirent pas autrement que par les idéaux dont ils parlent ou qu'ils réalisent par leur vie même. Nous pouvons nous sentir alors obligés, soit par l'acceptation, par l'amour que nous éprouvons pour les idéaux eux-mêmes, soit par l'amour et l'acceptation des grands hommes, parce qu'ils représentent pour nous une valeur, un idéal en général, par suite de quoi nous appliquerons leurs normes. (C'est en effet l'adoption directe ou indirecte des valeurs, dont nous parlerons par la suite). Quoique Bergson nie que l'idéal puisse être la source de l'obligation (p. 212), en réalité, lui-même pose ici l'idéal comme cette source. Bien entendu, cet idéal ne doit pas être conçu comme rationnel, il doit être rapproché des sentiments et de l'action. — Bergson, donc, a trouvé une source beaucoup plus profonde et probable dans la conscience individuelle que ne l'a fait l'école sociologique de Durkheim dans la conscience collective. Par là, comme par l'effort de Duguit, le problème de l'obligation est ramené à la conscience individuelle où uniquement, semble-t-il, sa solution peut être trouvée (261).

(261) Comp. Richard : *op. cit.*, pages 18, 24, où il dit que, si la source de nos jugements de valeurs était seul le social, alors les animaux, étant beaucoup plus sociaux que nous, auraient été, sur ce point, supérieurs à nous, ce qui n'est pas, parce que c'est le for intérieur qui en est la source véritable.

APPENDICE AU CHAPITRE III

LA THÉORIE DU POSITIVISME IDÉALISTE

56. — Nous exposerons ici la théorie du positivisme juridique parce qu'elle se base sur une analyse sociologique. Mais elle diffère des théories sociologiques précédemment exposées parce qu'elle est aussi *idéaliste*, en ce sens qu'elle n'explique pas l'idéal par la sociologie.

La théorie du positivisme juridique *idéaliste* (nous l'appellons ainsi pour la distinguer des théories du positivisme juridique *pur*, qui ne reconnaît pas l'existence du moment idéal dans le droit), est expliquée avec le plus de netteté par M. le Doyen Ripert.

M. Ripert est un positiviste et un sociologue implacable. Il ne veut regarder que la réalité pure et simple. Pour lui, Duguit, qui prétendait être réaliste, positiviste et sociologue, ne l'est aucunement, et, après avoir donné une analyse sociologique exacte en distinguant les gouvernants, comme plus forts, et les gouvernés comme plus faibles, il s'est laissé entraîner par le courant idéaliste, et avec sa *règle de droit* il a bien mérité les critiques l'accusant d'avoir ressuscité le droit naturel (262). M. Ripert ne veut pas commettre la même faute. En regardant la réalité, telle quelle, il constate : « Il y a parmi les hommes des forts et des faibles, des gouvernants et des gouvernés et les gouvernés n'obéissent que parce qu'ils comprennent le danger et l'inutilité de la désobéissance, étant données les mesures répressives et préventives qui sont à la disposition des gouvernants... Dire que les sujets obéissent à l'autorité par crainte de la sanction, c'est en effet la simple constatation d'une vérité indéniable » (p. 34).

(262) V. Ripert : *Droit naturel et positivisme juridique*, pages 33-34. — Les numéros en texte portent sur les pages de cet ouvrage.

C'est ce qu'il y a de sociologique dans cette théorie. L'on dirait : voici une théorie qui identifie le droit avec la force, présentée, peut-être, plus vigoureusement que la théorie de Jhering. Mais ce serait trop sévère pour un esprit qui est spiritualiste et chrétien, comme l'est M. Ripert. M. Ripert, donc, d'autre part, reconnaît franchement que cette théorie du positivisme juridique ne satisfait pas notre esprit, qui cherche à connaître le fondement dernier du droit, et se refuse à le voir dans la force; le positivisme « ne peut expliquer notre sentiment que nous respectons volontairement les règles de droit et que nous accomplissons notre devoir en obéissant » (p. 35). Pour l'expliquer, « il faut sortir du domaine du droit et pénétrer dans le domaine des idées morales. Là, il n'y a plus de place pour les discussions proprement scientifiques, mais seulement pour les croyances qui dictent le devoir. Suivant la religion ou la philosophie que l'on professe, on trouve dans les principes premiers de la morale le fondement du devoir » (p. 35) (263). Ces croyances pourtant sont essentiellement subjectives et individuelles, et, par la suite, la science juridique ne peut pas les discuter (pp. 37, 39). Le positivisme est même nécessaire pour maintenir la liberté morale de l'homme (pp. 38-40), car ainsi chacun peut considérer, de son point de vue, le droit positif comme juste ou injuste, et refuser, s'il le croit injuste, de s'y soumettre dans son for intérieur, tout en s'y soumettant dans sa conduite extérieure.

Il vaut mieux, par conséquent, se tenir, dans le droit, à la sanction, et laisser la liberté dans la morale.

Pour sa part, M. Ripert adopte la morale chrétienne, d'origine divine, comme le fondement du droit, et en tant que le droit positif est conforme à cette morale, il fonde une obligation, un devoir. D'autre part, M. Ripert constate que les gouvernants aussi ne font que transporter en droit leurs convictions *morales* : « Le législateur ou le juge a une certaine conception de la morale, conception personnelle ou *imposée*, et il traduit dans ses lois et ses jugements cette conception. C'est en ce sens que la morale est un facteur du droit » (264). Le rapport entre le droit et la morale devient ainsi tout à fait clair :

(263) Comp. *Les notions fondamentales du droit privé*, ouvrage d'un autre positiviste éminent, Demogue, qui reconnaît aussi la nécessité d'un *idéal* juridique (p. 22).

(264) Ripert : *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., p. 26.

1° Les gouvernants traduisent dans les règles juridiques les règles morales auxquelles ils croient ou qui leur sont imposées — par qui ? — évidemment par les gouvernés ;

2° Les gouvernés obéissent au droit positif en raison de leurs croyances morales. Si le droit positif ne correspond pas à leurs croyances, les gouvernés vont lutter pour imposer aux gouvernants leurs croyances. Du reste, constate M. Ripert : « Tant de lois sont restées lettre morte pour ne pas avoir rencontré l'assentiment de ceux qu'elles devaient régir ! » (265). De plus, si les gouvernés n'ont pas les mêmes croyances que les gouvernants, ceux-ci doivent leur donner des raisons objectives pour les convaincre que le droit positif est le meilleur possible (266). Et M. Ripert donne une définition de la force qui peut paraître quelque peu inattendue de sa part, après la distinction qu'il a faite des gouvernés et des gouvernants : « Etre plus fort c'est savoir convaincre les sujets de droit que les règles imposées par une certaine conception religieuse ou morale du monde sont les meilleures qui puissent leur être données » (267). Bien entendu, si cela ne réussit pas, c'est la force qui vient comme *ultima ratio*.

Mais, de plus, M. Ripert reconnaît que, lors de l'élaboration des règles juridiques, le législateur doit tenir compte de toutes les quatre données de M. Gény, et aussi qu'il y a un fonds commun de vérités acceptées par tous, qui s'imposent aussi aux gouvernants (268).

En somme, selon M. Ripert, le droit positif repose sur la force, mais cette force elle-même se base sur les croyances, c'est-à-dire sur les valeurs morales. Les valeurs morales sont subjectives, mais néanmoins il existe un certain nombre de valeurs qui sont adoptées par tous, et qui, dans ce sens, peuvent être considérées comme objectives.

(265) *Ib. op. cit.*, p. 27.

(266) *Ib. op. cit.*, p. 424.

(267) *Ib. op. cit.*, p. 30. — Nous devons faire ici une remarque en ce qui concerne la possibilité de convaincre les gouvernés : si les gouvernants découvrent par la *croyance* les règles morales qu'ils traduisent ensuite dans le droit, il leur sera difficile de convaincre les gouvernés. Les croyances sont subjectives, et ne peuvent pas se justifier par des *raisons objectives*, c'est-à-dire que les gouvernés ne seront jamais amenés par les raisons objectives à reconnaître le droit dans leur for intérieur, — pour cela ils doivent — eux aussi — croire.

(268) *Ib.* : *Droit naturel et positivisme juridique*, pages 28, 41.

57. — Telle est la théorie de M. Ripert. Elle se ramène, en somme, à l'affirmation que la force obligatoire de la norme juridique ne peut être expliquée sans la notion de valeur (que M. Ripert appelle : croyance), mais que la valeur ressortit non au domaine du droit, mais à celui de la morale (269). Par conséquent, dans le domaine du droit, il n'y a que la force qui est le fondement de l'obligation juridique.

Nous apprécions fort les raisons que M. Ripert donne à l'appui de cette conception. Mais il nous semble injustifié de priver le droit même de tout élément idéal en attribuant celui-ci exclusivement à la norme. Pourquoi refuser à la règle juridique de nous lier aussi dans le for intérieur ? Cela nous ramène au problème de la distinction du droit et de la morale, mais, sans entrer en lui, nous dirons que les règles juridiques diffèrent souvent par leur contenu intrinsèque des règles morales (telles des innombrables règles ayant comme objet l'ordre), — elles ne sont alors des règles morales qu'au titre *indirect* (270) pour ainsi dire, et elles peuvent néanmoins fonder un devoir, une obligation, si nous les *adoptons*, en raison des valeurs qu'elles réalisent. Il s'agit seulement de savoir si ces valeurs, identiques très souvent avec les valeurs morales, sont des valeurs juridiques ou morales. Nous ne voyons aucune raison de ne pas les proclamer juridiques en tant qu'elles sont réalisées par le droit, même si elles appartiennent aussi à la morale. Dès qu'une valeur est réalisée par le droit, elle devient une valeur juridique, tout en continuant à être une valeur morale. Si la science juridique doit s'occuper de la norme juridique (et nous croyons qu'elle doit le faire, l'élément normatif étant si important dans le droit), elle doit

(269) Il est intéressant de remarquer ici que deux positivistes, comme M. Ripert et Kelsen, diffèrent diamétralement quant à l'objet de la science juridique : pour M. Ripert, en effet, son objet est un *fait* : la contrainte, et du point de vue de cette science, c'est ce fait seul qui explique la force obligatoire de la norme, — les valeurs, qui motivent notre volonté à appliquer le droit, ressortissent à la morale ; — pour Kelsen, cet objet est, au contraire, une *valeur*, un *Sollen*, tandis que les faits, et aussi les valeurs matérielles, qui motivent notre volonté, ressortissent à la sociologie. La sanction même, un fait éminent pour M. Ripert, devient une pure valeur pour Kelsen, en tant qu'elle est un phénomène juridique, car elle n'est qu'une norme, norme ordonnant l'application de la force, — et cette force, qui est un *fait*, ne ressortit pas à la science juridique, science normative.

(270) M. Ripert dit lui-même qu'il y a des règles juridiques qui ne sont pas issues de la justice (notion morale), mais de l'*utile* (qui ne peut être qu'une notion morale à titre indirect). V. *op. cit.* p. 27.

la connaître de tous les côtés, dans toute sa complexité, et cette norme n'est pas seulement une institution, un fait, s'imposant à nous par la force, elle est aussi une valeur. Et puisque M. Ripert reconnaît aussi que pour expliquer le sentiment de devoir, il faut faire appel à la notion de valeur, nous voyons une contradiction en ce qu'il affirme que le droit (conçu dans le sens du droit-fait, appliqué par la force) se suffit à lui-même et que les sujets obéissent par crainte de la sanction.

Par contre, nous admettons pleinement la conception de M. Ripert d'après laquelle la croyance, c'est-à-dire le jugement de valeur est un phénomène purement subjectif (toutefois sous la réserve qu'elle est subjective en notre conscience, en tant que phénomène, donc, non en tant que noumène, — nous prenons ces expressions dans le sens de Kant, — car sa dernière essence, nous ne pouvons pas la connaître).

CHAPITRE IV

ESSAI D'UNE EXPLICATION DE LA FORCE OBLIGATOIRE RÉELLE DE LA NORME JURIDIQUE

§ 1. — *La nécessité et la liberté*

58. — La complexité des phénomènes est toujours une énigme pour l'homme. Nous voulons les rendre compréhensibles, et, pour y parvenir, nous cherchons à les ordonner, de telle sorte qu'ils représentent une unité harmonieuse, si chère à notre esprit. Et pourtant, nous n'y parvenons pas. Les faits nous imposent un pluralisme, quoique notre esprit tende vers le monisme, conforme à notre propre conscience, unifiée et sans contradictions.

Aux différentes sortes de phénomènes nous appliquons donc différentes sortes de lois. Ces lois différentes peuvent être classées selon le degré de liberté qu'elles nous laissent pour agir, c'est-à-dire le degré de la création du nouveau qu'elles permettent à l'homme de réaliser. C'est sur cette base que Boutroux (271) a institué toute une échelle de lois. La grande illusion du matérialisme mécanistique, le grand espoir que tout serait explicable par le jeu des lois causales strictes, semblent être dissipés. Poincaré (272) nous a montré que même les lois les plus sacrées des mathématiques et de la physique ne sont, en fait, que des conventions de notre esprit, vérifiables, certes, mais jamais complètement vérifiées, donc : hypothèses. La science, ainsi, n'est pas rendue impuissante, mais sa notion a changé : elle n'est plus mécanique, ne bannit plus comme impossible une action créatrice et libre de notre esprit. Au contraire, elle

(271) V. Boutroux : *De l'idée de loi naturelle*.

(272) V. Poincaré : *Science et l'hypothèse*, surtout pp. 178, 243-244.

montre la grande part que cet esprit a prise dans la constitution même de la science (273).

L'homme est, donc, un libre créateur. Et il ne crée que pour réaliser certaines valeurs. Une science prenant pour objet les valeurs, et les exposant « positivement », nous semble maintenant possible, et désirable. Tout le grand effort philosophique rénovateur de Bergson nous paraît avoir une telle signification. L'élan vital, l'évolution créatrice de la vie, sont orientés vers une création libre et continue, et cette création ne peut signifier que la réalisation de certaines valeurs conçues par un esprit. Certes, nous n'admettons pas plus que Bergson un « finalisme radical » (274), mais un finalisme « modéré » peut être accepté (275), finalisme qui guide notre esprit, et dont nous ne pensons pas faire l'explication de tout l'être, mais seulement celle de notre activité libre et créatrice. La science de la valeur, certes, si elle doit être positive, ne peut être identique aux sciences strictes, qui se basent sur la causalité et la nécessité. Nous considérons comme positive toute science qui se base sur des faits observables, sans que ces faits soient nécessairement explicables par la causalité, causalité qui, peut-être, n'est qu'une hypothèse (276). Or, la liberté, base de la valeur, est, sans aucun doute, comme nous espérons le montrer, un fait observable, donné dans l'expérience aussi bien que la nécessité.

59. — En laissant de côté la spéculation philosophique, qui n'est pas de notre domaine, en ne regardant que la réalité accessible à tous, nous croyons pouvoir discerner, en principe, deux sortes distinctes de phénomènes : celle des faits, du réel, et celle des valeurs, de l'idéal (277). Les faits ont une existence objective, c'est-à-dire qu'ils sont placés hors de nous, dans le temps et l'espace ; les idéaux ne sont placés nulle part, ils existent dans notre esprit. Les faits sont régis par la loi de causalité, loi nécessaire ; l'élaboration des

(273) Une telle impression se dégage de l'ouvrage de Benrubi : *op. cit.* (V. par ex. t. I, pp. 291-292).

(274) V. Bergson : *L'évolution créatrice*, pp. 40-49.

(275) Bergson l'accepte aussi : *op. cit.*, pp. 51-52.

(276) Comp. Del Vecchio : *op. cit.*, p. 350.

(277) Cette distinction est admise, du reste, par toute une série d'auteurs, et spécialement par les juristes : Kelsen (sa distinction kantienne : Sein-Sollen), Duguit (lois de cause — lois de but), Tarde, Hauriou (v. *Deux réalismes, Droit public*, pp. 7-9), Djuvara (*Le fondement du phénomène juridique*, thèse, Paris, 1913, pp. 30, 45-6, 50, etc.), Gény, Le Fur, Del Vecchio.

idéaux par notre esprit et notre action selon eux, est relativement libre. C'est là la première différence visible et facilement constatable. La pierre tombe nécessairement si elle est jetée; — je lève ma main librement, si je le veux bien.

Le monde des faits est un monde immobile, où il n'y a rien de nouveau, où tout est réglé d'avance et toute son histoire est donnée à son commencement même, au moment où la cause première était posée. La liberté est évidente pourtant dans le monde social, avec l'homme et son esprit. Le monde des faits se trouve devant l'homme, et l'homme est libre d'agir, de choisir son action, il est maître de sa destinée.

Le monde des faits *existe*, nous le constatons par les *jugements d'existence*, et c'est la première chose faite en vue de notre action. Les faits sont égaux, de ce point de vue, car tous sont nécessaires et tous *sont* également. Mais devant les faits, l'homme ne reste pas passif. Il désigne parmi les faits ceux qu'il doit réaliser (maintenir ou créer) par son action. Ces faits deviennent ainsi préférables aux autres; en appréciation les faits deviennent inégaux. Le jugement qu'un fait *doit* exister est un *jugement de valeur*. La réalisation d'un certain fait est une *fin* pour l'homme, et cette fin est une valeur, et la valeur sert de motif pour notre volonté (278). L'homme ainsi institue une échelle de valeurs selon laquelle il règle son action consciente. L'action de l'homme n'est donc pas régie par la loi de causalité, mais par la loi de finalité. Il est évident, pourtant, que le fait se réalise par le jeu des lois causales, à la suite de la décision de volonté. La création du nouveau ne se montre pas dans la matière (les matériaux pris pour réaliser un fait nouveau, une fin, sont toujours identiques à eux-mêmes), elle existe en ce que notre conscience apporte à la matière, en un réarrangement des faits, de la matière. C'est, donc, sur la matière que l'homme agit, mais il crée indépendamment de la matière un monde des valeurs qu'il vient de réaliser dans la matière, ensuite.

Pour savoir si la création du nouveau existe, si la liberté existe, il faut savoir si notre conscience est libre de décider d'utiliser la matière comme elle le veut, autrement dit si elle crée librement les valeurs, d'après lesquelles elle utilise la matière. Donnons tout de suite une précision : sous le nom : « création de valeur », « élaboration de valeur », nous entendons la création d'un fait nouveau, la

(278) Comp. Goblot : *op. cit.*, p. 32.

ration des idéaux », nous n'entendons pas une faculté mystérieuse et métaphysique de l'homme, — nous entendons, au contraire, un fait très simple, observable, et donné dans l'expérience de chacun de nous : avant d'agir, l'homme choisit ses buts, ses fins qu'il va réaliser par son action. Ce but, cette fin, c'est une valeur, un idéal. Il n'y a donc là rien de mystique. En employant donc ces mots, nous ne voulons pas dire que c'est l'homme qui, en fait, crée réellement les valeurs (v. ci-dessous, N° 71).

Et pour mieux encore préciser la question, disons ceci : il est possible que notre jugement de valeur soit lui aussi, en dernière analyse, causé. L'esprit humain ne peut pas créer les valeurs dans le vide : il travaille sur la matière, sur les faits, donnés objectivement. La matière, comme des valeurs existant en dehors de nous (valeurs sociales, par exemple) affecte notre esprit, l'incite à l'activité et à la création des valeurs. L'esprit sans la matière serait superflu, de même que la matière sans l'esprit n'aurait pas de sens. Dans les faits aussi existent des propriétés qui nous servent pour la création des valeurs. Mais ce qui est essentiel, c'est de savoir si les faits seuls, la matière seule, suivant la loi de causalité, peut suggérer à l'homme les fins, les valeurs.

60. — La causalité peut-elle créer la valeur ? C'est le nœud du problème. Nous avons critiqué Durkheim parce qu'il pensait que la création des valeurs était un produit des lois de causalité. Nous estimons qu'il n'est pas possible que la nécessité, la causalité, crée une valeur (279). Nous en trouvons la preuve dans l'expérience quotidienne de notre liberté. L'homme agit librement selon les valeurs qui sont les motifs de son action. Nous sommes certains que nous avons pu choisir de réaliser par notre action une valeur autre que celle que nous réalisons. La valeur ne s'impose pas à nous du dehors, du domaine des faits ; elle existe dans notre esprit, elle ne peut pas être créée selon les lois causales, car les faits sont tous égaux ; c'est nous-mêmes qui les apprécions d'après les valeurs.

Le premier homme qui créa une valeur et employa son action à la réaliser, était vraiment le premier homme, car jusqu'alors il n'y avait pas d'êtres qui eussent agi selon les valeurs d'une façon consciente. Et nous accomplissons, nous, tous les jours, cet acte primaire du premier homme, vierge comme le premier jour. Il y a

(279) Comp. Guéhe : *En lisant les juristes philosophes*, pp. 18-20.

certainement des valeurs créées par la société, qui sont communes à tous les membres d'une société, que nous apprenons, — mais nous pouvons choisir entre elles, nous pouvons les adopter ou non pour les nôtres, comme nous l'expliquerons. L'essentiel est que la création de la valeur échappe à la loi causale, car elle n'est pas nécessaire, elle pourrait ne pas être.

La valeur est liée à notre action. Sans la valeur, il n'y aurait pas d'action, mais sans l'action, il n'y aurait pas de valeurs. Nous créons les valeurs pour agir. Le mécanisme de notre action libre est donc simple :

1° parmi les faits, je découvre les valeurs, c'est-à-dire les faits qui doivent être réalisés, qui sont mes fins à réaliser, mes *idéaux*;

2° mon intelligence découvre le procédé technique, par lequel je peux réaliser mon idéal;

3° j'ordonne à moi-même une action (appliquant le procédé technique), cet ordre est une *norme*;

4° enfin, j'accomplis cette action; je réalise l'idéal, qui devient un fait, un réel, que je constate par le jugement de réalité; il devient maintenant à son tour un objet pour mon nouveau jugement de valeur, à la base duquel je peux créer un nouvel idéal et recommencer le cycle.

La valeur que je crée sert de motif pour mon action, elle provoque la norme. Elle la provoque nécessairement, en tant qu'elle n'est pas empêchée par d'autres valeurs. La question fondamentale reste donc de savoir si je peux créer librement la valeur ou non; car si la valeur s'impose nécessairement à moi, il est évident que je ne suis pas libre, que tout est régi par des lois causales, nécessaires. Examinons cela de plus près.

Sur ce point, la controverse est longue et interminable. La logique ne peut pas concevoir la création du nouveau (280), elle enchaîne tout dans la nécessité rigoureuse, qui n'est applicable, pourtant, qu'à la matière. Demandez la logique pour le commencement, pour la cause première, elle ne saurait vous répondre. Elle est incapable de concevoir la création, la liberté. C'est pourquoi, croyons-nous, cette controverse est si longue et si pénible : il est difficile d'accepter une vérité qui semble contraire à la logique.

(280) V. Ladischenkij : *Normen und Naturgesetzen*, « Revue internationale de la théorie du droit », 1926-27, p. 259.

Et pourtant, il faut s'adresser à l'expérience directe qui nous dit que nous sommes libres d'agir, de créer, ce qui est évident pour tous, mais contraire à la logique.

Comment donc peuvent coexister cette nécessité et cette liberté, l'une auprès de l'autre ? C'est en réalité la question qui est le problème fondamental de la philosophie, le problème des rapports entre l'esprit et la matière et, aussi, le problème gnoséologique de notre connaissance. D'une part, donc, la question de la réalité, de la réalité nue, telle qu'elle est, le rapport de la matière et de l'esprit : est-ce la matière seule qui existe, ou seul l'esprit, ou le dualisme ; d'autre part, le problème de notre pouvoir de connaître cette vérité, cette réalité nue, objective, si elle existe en général en dehors de nous : par quels moyens pouvons-nous la connaître, quelle possibilité de critique et de contrôle des résultats acquis par ces moyens nous est donnée ?

61. — Et tout d'abord, le problème de la connaissance d'une réalité, de savoir si une telle réalité existe. Il faut proclamer ici, nous semble-t-il, l'impuissance souveraine et définitive de la logique formelle, c'est-à-dire de la seule logique qui existe. Nous ne pouvons que rappeler l'admirable effort que Bergson a entrepris contre l'intelligence (qui est pour nous, en fait, l'effort contre la logique telle que nous la concevons), et les efforts non moins admirables que, dans le domaine plus spécialement juridique, ont entrepris M. Gény et M. Le Fur (281). Nous dirons tout simplement notre objection principale contre la logique telle que nous la concevons (peut-être peut-on la concevoir autrement, mais cela n'importe pas, il s'agit d'éliminer ce moyen de notre connaissance que nous définissons) : elle pense causalement, les effets sont, pour elle, égaux aux causes, il n'y a pas du nouveau. La réalité a beau être telle qu'elle est, complexe et libre peut-être, cela n'importe pas pour la logique, elle ne peut pas la concevoir autrement, elle l'enchaîne dans la nécessité. C'est, selon nous, le principe de l'identité qui en est la cause. Le principe d'identité est, sans aucun doute, un principe évident, que nous ne voulons pas nier en lui-même, qui est valable pour toute la réalité ; mais nous croyons que de ce principe ont été tirées des conséquences qui le dépassent. On a abusé de ce principe pour construire un monisme. On raisonnait ainsi : l'essence

(281) Par l'introduction de l'intuition et des sens spirituels.

est, elle ne peut pas ne pas être ni être quelque autre chose qu'elle-même, — donc elle est *une*, en dehors de l'essence rien n'existe. Il n'y a, par conséquent, rien de *nouveau*, l'essence, l'être étant toujours identique à lui-même.

Mais le principe d'identité ne nous dit pas *ce qu'une chose est*, il nous dit tout simplement qu'elle *est ce qu'elle est* (282). Et le monisme, tiré abusivement de la logique, est non moins décevant. Bergson l'a bien démontré (283) : nous sentons que la matière est différente de la conscience; or, le monisme nous dit : tout est *volonté*, ou *mécanisme*, ou *matière*; — ainsi tout est ce qui est, tout se confond avec tout, — il n'y a pas d'explication. Les systèmes monistes « croient nous renseigner sur l'absolu en lui donnant un nom. Mais, encore une fois, le mot peut avoir un sens défini quand il désigne une chose; il le perd dès que vous l'appliquez à toutes choses » (284). Nous croyons que cette critique est un point acquis.

Il faut donc être courageux et rejeter ce principe de la pensée logique, pour descendre dans la profondeur de la réalité, dans son cœur même, il faut accomplir une sorte de réduction (des moyens de connaissance, ici), dont parlent tant les phénoménologues (285). Il le faut parce que nous avons l'expérience de chaque jour, que nous sommes libres dans notre action et aussi l'expérience de logique que nous ne sommes pas libres; dès que nous essayons, logiquement, d'expliquer notre liberté, nous voyons que nous ne pouvons pas le faire. Comment ? Quelles causes ? D'où vient notre action ? — demande la logique. Impossible de concilier ces deux attitudes. Dès lors, notre conviction que la logique (ou ce que nous appelons ici la logique) ne peut concevoir la réalité autrement que comme causée. Et pourtant, il est possible que la réalité soit libre. Il faut alors supprimer cette logique, pour le moment, et essayer de trouver, de « découvrir » la réalité telle qu'elle est, par l'expérience, par le sentiment intérieur de nous-mêmes et du monde qui nous entoure; il faut plonger en soi, laisser la vie s'écouler librement, s'interpénétrer d'elle. Alors, la liberté nous

(282) Comp. les excellents développements de Boutroux : *op. cit.*, paragraphe traitant des lois logiques.

(283) V. Bergson : *La pensée et le mouvant*, pp. 58-60.

(284) Bergson : *op. cit.*, p. 60.

(285) V. Gurvitch : *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*; Z. Mitchitch : *La phénoménologie d'E. Husserl* (en serbe).

apparaît évidente. Et, de nouveau, la logique, le principe d'identité revient; il faut expliquer ce que nous avons senti, expliquer logiquement. La liberté *est* alors, elle existe et elle est identique à elle-même, non pas réduite à la nécessité. La logique, formelle, ne peut pas nous donner l'essence des choses, comme l'a bien montré Boutroux (286). Elle s'applique à l'essence, elle ne la définit pas; l'essence peut aussi bien être la liberté que la nécessité. Et pourquoi, pourtant, est-ce à la nécessité que, pour nous, habituellement, est lié le principe d'identité, la logique? Il semble bien que c'est parce que notre action est liée à la matière, comme l'explique Bergson, et que la logique (l'intelligence selon lui), doit faciliter cette action. La logique ne se soucie guère de notre liberté intérieure, de notre esprit, mais de la matière, causée et morte; elle transpose inconsciemment cette nécessité matérielle à la liberté de notre conscience, spirituelle (287).

Il reste encore une question : pourquoi devons-nous, dans ce conflit, donner raison à l'expérience et non pas à la logique? Nous croyons que les raisons sont évidentes : c'est l'expérience qui nous dévoile la « nature des choses », non pas la logique et, cette nature une fois découverte par l'expérience, la logique s'applique aussi bien à elle, à la liberté, qu'à « sa » propre vérité, à la matière, à la nécessité.

62. — Et, ensuite, se pose le problème des rapports entre la matière, la nécessité, et la création de valeurs par notre esprit, création libre, et action libre. Précisons encore une fois la difficulté : l'homme agit suivant les valeurs; la valeur conçue par lui, comme nous l'indiquerons, constitue un motif de son action, un motif qui, étant un fait psychique, est une cause, agissant selon la loi causale. L'action qui se déroule ensuite, elle aussi, est entièrement soumise à cette loi. Mais il s'agit de savoir si, dans la création de valeurs, dans son jugement de valeur, l'homme est libre. Car, s'il est libre de choisir une valeur, l'action est provoquée, en dernière ligne, par son choix, qui provoque la motivation, causale, de la volonté. Si ce choix est libre, l'action échappe à la loi causale,

(286) « La logique, dit-il, est... le type le plus parfait de la nécessité absolue, mais elle présente un minimum d'objectivité. Elle régit la surface des choses, mais n'en détermine pas la nature ; elle demeure vraie, quelle que soit cette nature ». (*Op. cit.*, pp. 19-20). Comp. Kant, *op. cit.*, pp. 1-2.

(287) Comp. Bergson : *L'évolution créatrice*, pp. 43-46.

il y a une création du nouveau, une série causale (l'action psychique de motivation de volonté, et l'action corporelle, physique, de l'exécution de volonté) est provoquée par quelque chose qui n'est pas une cause, car elle n'est pas nécessaire; si le choix n'est pas libre, la loi causale est universelle, rien n'y échappe.

Les solutions de ce problème sont différentes. Examinons les principales, car il s'agit d'un problème fondamental pour notre recherche du fondement de l'obligation de la norme juridique. Car, si nous arrivons à la conclusion que la liberté n'existe pas, alors, il ne faut pas chercher à expliquer la prétendue liberté de notre action normative, cette action est aussi bien nécessaire que les autres, il n'y a pas une obligation nécessaire et une obligation normative, toutes les deux sont nécessaires; si nous concluons que la liberté existe, il faut trouver alors la base de l'obligation normative, qui n'est pas nécessaire.

63. — 1^o La première solution consiste à considérer qu'il y a deux mondes tout à fait séparés l'un de l'autre : un monde matériel, où la nécessité règne, un monde spirituel des valeurs, où la liberté est la règle. Le problème disparaît alors, le lien entre ces deux mondes n'existe pas, puisqu'ils sont séparés. Kant doit être considéré comme le représentant le plus typique de ce point de vue, par sa distinction de la chose « en soi », *noumène* et de sa représentation, *phénomène*; le noumène étant libre, le phénomène nécessaire, puisque soumis aux catégories de notre esprit, dont la principale, dans ce cas, est la causalité (288). Ce dualisme kantien est difficile à soutenir. Car, comme le dit Boutroux, il s'agit de savoir si nous sommes libres, non pas en tant que noumènes, mais en tant que phénomènes, êtres réels, soumis à la causalité, où nous vivons et où nous devons agir (289). Autrement dit, si l'homme est un être phénoménal, et il l'est, comment est-il libre ? — Lachelier a très clairement démontré dans quelle impasse se trouve Kant avec son dualisme. Il s'agit pour nous d'une même chose : une action, soumise à deux sortes de lois à la fois, ce qui est inexplicable. Selon Lachelier, la solution de Kant doit être celle-ci : notre action dépend bien à la fois des lois causales et du libre choix de notre esprit, car les séries causales sont provoquées par le choix nouménal libre :

(288) V. Kant : « *Fondements de la métaphysique des mœurs* », surtout l'introduction de Lachelier ; et Boutroux, *op. cit.*, p. 48.

(289) *Op. cit.*, p. 49.

« ... Nous verrions que toute la chaîne des phénomènes qui composent notre conduite empirique dépend d'un choix libre de la volonté nouménale, sans que ces phénomènes cessent pour cela d'être liés causalement les uns aux autres. Comme l'acte par lequel le noumène veut l'ensemble de nos actions est intemporel, rien n'empêche qu'il coexiste avec chacune de ces actions prise en particulier, en la doublant pour ainsi dire. En un mot, la causalité naturelle exige seulement que chaque phénomène, dans une série, se rattache à un antécédent suivant une règle, mais elle n'empêche pas que la série dans sa totalité dépende d'une cause transcendante » (290). — Une telle solution est possible, et seule possible, comme nous le verrons, mais, si l'interprétation de Lachelier est exacte, nous ne voyons pas comment elle est possible dans le système kantien. Car il s'agit bien de savoir comment le noumène peut agir sur le phénomène sans devenir lui-même du phénomène, soumis à la causalité. Cette solution n'est possible que si l'on rejette la stricte séparation de deux mondes, que Kant effectue, et si l'on admet la possibilité de l'action nouménale, en tant que noumène, sur le phénomène. Nous avons déjà critiqué cette conception chez Kelsen, qui l'adopte également, en montrant que si seule l'idée de norme provoque notre action et non pas la norme, la valeur elle-même, alors cette action est nécessaire, puisque l'idée de norme est un fait psychique, c'est-à-dire causé, et il s'agit pour nous de trouver le commencement même, qui est libre, de cette idée et de cette série des phénomènes dont parle Kant. En somme, une telle conception strictement dualiste, ne peut conduire qu'à deux autres solutions contraires : ou que la nécessité est une illusion, ou que la liberté l'est.

64. — 2° La deuxième solution est, en effet, que notre action est entièrement soumise à des lois causales, que la liberté est une illusion. Elle prétend donc que la création des valeurs par l'homme n'existe pas, que les valeurs nous sont données nécessairement et, partant, nos actions aussi, étant donné qu'elles sont motivées par les valeurs. C'est la solution matérialiste (291). Cette solu-

(290) Kant, *op. cit.*, pp. XXIV-XXV.

(291) V. Ladischenskij : *Normen und Naturgesetze*, dans la « Revue de théorie », 1926-27, S. 243. — Un savant français, Le Dantec, est particulièrement caractéristique pour cette conception en déclarant la liberté comme illusion. (V. Benrubi, *op. cit.*, p. 141, t. I).

tion a des arguments fort sérieux, et, nous l'avons vu, même Kant admet son bien-fondé, dans un sens. Pourquoi semble-t-elle si bien fondée ? — Parce que notre activité libre, notre choix des valeurs sont conditionnés par la réalité, comme nous l'avons montré. Mais quoiqu'ils soient conditionnés, c'est notre esprit, et non pas les faits, qui crée la valeur, car une valeur n'existe pas pour les faits. Nous ne voulons pas répéter ici l'argument principal contre cette conception : notre indiscutable conviction, à la suite de l'expérience, que nous sommes libres, mais montrer qu'elle est impossible d'un autre point de vue aussi : si la source de valeur n'était pas dans la faculté de notre Moi, de notre esprit, dans la liberté de celui-ci, mais dans les faits, dans la nécessité, il serait impossible de concevoir l'existence même de la valeur. La valeur ne peut pas être tirée des faits, selon la conception même de la causalité, puisqu'elle n'est pas un fait, mais un jugement; on ne voit pas comment un jugement pourrait être causé par des faits, nécessairement, sans aucune liberté, que la notion même de jugement implique. La conscience ne peut pas sortir de l'inconscient; le mot de Leibnitz : « nisi ipse intellectus » reste toujours vrai. La conception moniste matérialiste est impuissante à expliquer le jugement de valeur, de même que l'activité de notre conscience en général. Si elle veut maintenir que la causalité s'applique aussi bien à nos jugements, nos créations de valeurs, elle se trouve devant ce dilemme :

a) ou affirmer que la valeur est de l'essence réelle, dans le sens qu'elle est imposée nécessairement à notre esprit par les faits, causée par eux : on dirait que la valeur consiste dans son processus psychique, fait réel, causal, non dans ce qui doit être, dans le contenu de ce processus. C'est une conception de pur empirisme, qui est rejetée par la philosophie moderne. En laissant de côté le problème général, nous dirons qu'elle se ramène — au lieu d'une affirmation de l'existence du monde réel et *objectif* en dehors de notre conscience, dont résulte aussi notre conscience même du monde — à un *subjectivisme psychique* (car affirmer que l'essence de valeur consiste dans le processus psychique par qui nous la concevons, c'est la même chose qu'affirmer que le monde matériel n'existe pas, puisque nous ne le connaissons autrement que par un processus psychique). La valeur n'est pas un fait, un processus psychique, mais un objet idéal de ce processus, une création de notre esprit;

b) ou affirmer que la valeur est causée nécessairement, non pas par des faits, puisqu'elle ne consiste pas en des faits sensibles, mais par d'autres valeurs, ce qui nous amène à un dualisme, bien éloigné de la conception dont nous sommes partis, car il reste à expliquer l'existence de ces autres valeurs. Cette tendance se ramène à une introduction injustifiée de la nécessité, de la causalité dans le monde spirituel des valeurs, au lieu de ramener ce monde au monde réel, sensible.

65. — Nous exposerons ici un autre argument, employé par Bergson contre la conception matérialiste (292), et qui se rapporte à la loi de conservation de l'énergie. Cette loi dit que la quantité d'énergie est stable dans le monde. Pour agir, il faut une énergie. Pour créer la valeur par l'esprit et pour réaliser cette valeur par action, il faut de l'énergie. Si l'on rejette la causalité, c'est-à-dire si l'on nie que la valeur et notre décision d'agir sont le produit des faits, disent les matérialistes, on rejette par là une source d'énergie, on contredit une loi physique, car l'énergie n'est donnée que dans les faits et régie par la loi causale. Où donc trouver cette énergie pour l'action ? Bergson répond très bien que c'est une loi physique, posée selon les faits physiques observables, non pas selon les faits de conscience, loi qui ne se rapporte, donc, pas à la conscience. La doctrine commet donc, toujours, la même erreur : transporter la causalité dans la liberté.

Nous y ajoutons quelques observations. La conception de la causalité, liée à la notion d'énergie, comme cause efficiente, est maintenant généralement abandonnée. On ne conçoit plus la causalité comme force agissante par énergie, mais comme un rapport, une fonction. La loi causale est la constatation du lien de certains faits déterminés — rien de plus ; elle n'explique pas la nature de ce lien, ni comment la cause agit sur l'effet, comment elle le « produit », ce qu'impliquait l'ancienne conception, concevant la cause comme énergie, comme force « produisant » son effet. Nous ne savons donc rien sur la nature véritable du lien entre la cause et l'effet. Nous pouvons aussi bien supposer que c'est l'énergie matérielle que l'énergie spirituelle qui « provoque » l'effet, qui le « produit ». Du reste, l'essence de l'énergie est loin d'être expliquée, même en physique. Donc, cet argument ne peut rien contre notre liberté

de choisir les valeurs. Du reste, pourquoi ne serions-nous pas des sources d'énergie également ? Nous sommes bien conscients que nous sommes libres. Que l'énergie et les lois physiques s'arrangent comme elles peuvent ! Tant pis pour elles. Le monde physique n'est qu'une partie du monde entier ; pourquoi doit-il envahir notre conscience qui en est une autre partie ?

De plus, si l'on acceptait une telle conception, la valeur et la norme, issue d'elle, perdent toute leur signification habituelle. En effet, la norme est ce qui doit être, non pas ce qui est. Les faits, étant tous égaux, la valeur ne peut être tirée d'eux ; la valeur tend à changer les faits, l'ordre existant, elle est créatrice, elle repose sur la loi de finalité. Si l'on accepte la valeur comme causée nécessairement, alors elle n'a rien à changer, elle s'intègre dans l'existant. Les normes aussi ne créent rien ; elles sont ce qui est ; elles sont nécessaires ; elles sont égales aux autres faits qui s'influencent les uns les autres. La sanction de la norme ne perd pas sa raison d'être (293), mais elle la change. Au lieu de nous punir pour notre liberté, elle est une cause, qui va provoquer l'obéissance à la norme. Mais la sanction est aussi provoquée nécessairement. Etrange monde dans lequel tout est nécessaire, réglé d'avance ! Inconcevable !

66. — 3° On peut adopter la solution contraire : la liberté dominant la nécessité ; les lois causales et le monde matériel comme les moyens d'un être suprême, libre et créateur. C'est la conception du moyen âge (294). Cette subordination nous paraît ne pas toucher la distinction des lois causales et des lois normatives, fondées sur la valeur. En effet, la causalité ne change pas sa nature, même subordonnée, elle reste toujours nécessaire, ne nous laissant pas la liberté, tandis que la valeur nous la laisse, étant notre propre création.

Semblable aussi est la conception de Bergson, qui rapproche la matière morte, nécessaire à la conscience, à l'élan vital, à l'esprit, à la vie, qui sont libres, créateurs. La matière ne serait pas si éloignée de l'esprit, de la création libre. L'univers tout entier est solidaire, il forme un tout représentant une certaine finalité (295). dans ce tout, la matière inerte représente un système relativement

(293) Comme le dit Del Vecchio : *op. cit.*, p. 355.

(294) V. Ladischenskij : *op. cit.*, p. 241.

(295) V. *L'évolution créatrice*, pp. 44-47.

clos, régi par la nécessité. Mais il n'est que relativement clos, donc il y a dans lui aussi de la création, de la liberté; le temps *réel*, c'est-à-dire le temps créateur existerait pour la matière aussi, non seulement pour la conscience (296). La liberté est donc prédominante (297), car la matière est, au fond, de même essence que la conscience, l'esprit, l'élan vital, créateur; cette essence est spirituelle : « C'est la conscience, ou mieux la superconscience, qui est à l'origine de la vie. Conscience ou superconscience est la fusée dont les débris éteints retombent en matière; conscience encore est ce qui subsiste de la fusée même, traversant les débris et les illuminant en organisme » dit Bergson (298). Et encore, la vie est « une action qui se fait à travers une action de *même* genre qu'il se défait » (299). Mais c'est une conception philosophique de Bergson, que nous ne pouvons vérifier, sur l'essence intime du monde. Pour nous, pratiquement, la matière avec sa nécessité est nettement distincte de notre conscience et son action libre, ce que, du reste, Bergson reconnaît aussi.

Cette conception de la prédominance de la liberté est une conception, donc, qui admet encore un dualisme, un monde de nécessité à côté de celui de liberté. Mais il y a une autre conception du même genre, qui tend à représenter le monde de causalité aussi comme libre, non soumis à la nécessité, et considère les lois causales comme des lois de grands nombres, comme des lois statistiques, donc, exprimant non pas des nécessités strictes, mais des tendances générales (300). Elle est inadmissible pour nous, car si les lois

(296) *Ib.*, *op. cit.*, pp. 8-12, 399.

(297) Comp. E. Rideau : *Les rapports de la matière et de l'esprit dans le bergsonisme*, pp. 11, 42-45, 56, 132 ; Gurvitch : *op. cit.*, pp. 30-31.

(298) *Op. cit.*, p. 283.

(299) *Op. cit.*, p. 272. — Cette prédominance de la liberté et de la création dans la conception bergsonienne est visible aussi lorsque Bergson oppose au dualisme de Leibnitz (*op. cit.*, pp. 374-375) une évolution créatrice et libre, embrassant tout l'univers, dont quelques systèmes seulement peuvent être découpés et expliqués par la nécessité.

(300) V. Ladischenskij : *op. cit.*, pp. 263-265, où il dit que la causalité nécessaire ne peut être constatée : qu'elle est la *plus grande probabilité* ; Boutroux (*op. cit.*, p. 59) qui considère que la causalité n'étant pas donnée *a priori*, mais comme un fait d'expérience, ne peut être nécessaire. Ce sont, tous, des arguments de Kant. (V. *Critique de la raison pure*) : la nécessité ne peut être qu'*a priori* ; — ce qui est, peut-être, discutable (Durkheim a essayé de le discuter). — Surtout dans ce sens, Poincaré (*v. op. cit.* où il donne plusieurs exemples des lois physiques qui ne sont que des lois de grands nombres, puisque chaque molécule se comporte librement et indifféremment de la loi, v. pp. 175, 184-185, etc.) qui est le partisan de

physiques sont des lois statistiques, elles n'en restent pas moins nécessaires, étant donné qu'elles se présentent toujours comme telles à nous (301), et parce que nous croyons qu'au fond les faits physiques sont régis par des lois nécessaires, mais trop compliquées pour que nous les puissions connaître (302). S'il y a des exceptions à certaines lois, c'est parce que les faits se conforment aux lois contraires. La conception de Boutroux (op. cit., p. 60) que les lois physiques sont le produit d'une longue évolution et contingentes, n'infirme pas la nôtre : en l'état actuel, les lois physiques, telles qu'elles se présentent à nous, sont bien nécessaires. De plus, il est possible qu'entre les lois naturelles il y ait des différences selon leur degré de nécessité (c'est surtout l'idée de Boutroux), nous n'en voulons pas discuter, — ce que nous voulons constater c'est que, même si cela était vrai, il n'en reste pas moins une grande différence entre les lois naturelles et les lois normatives qui se basent sur la valeur : les premières n'ont pas un sujet conscient de les appliquer, elles n'ont que des objets, inconscients, auxquels elles s'appliquent; les secondes ont un tel sujet, conscient et libre, déterminant seul son action.

67. — 4° Ainsi, il ne reste qu'une seule solution encore : essayer de concilier la coexistence de ces deux sortes de lois. Nous expliquerons les deux solutions philosophiques les plus importantes. Boutroux a essayé de concilier ces deux sortes de lois. Il considère que l'esprit peut être la cause d'un phénomène, d'une action : « il n'est pas légitime de prendre à la lettre ce déterminisme qui,

cette conception, ainsi que Bergson (v. *La pensée et le mouvant*, p. 73) qui affirme que les faits physiques sont libres, indéterminés, les lois physiques étant statistiques. Pourtant, il faut remarquer que Poincaré attribue plutôt cet indéterminisme à de petites causes qui restent inaperçues de nous et donnent de grands effets ; donc, il est au fond, croyons-nous, contre cette conception. Lorsque nous ne connaissons pas certaines lois naturelles, nous parlons du *hasard pur*, alors qu'il n'en est rien, dit Poincaré (*Science et Méthode*, p. 71 et suiv., cité par Benrubi : op. cit., t. I, p. 364) — Contra Borel, qui dit que le *hasard* existe réellement, la nature n'étant pas absolument déterministe, et les lois physiques étant des lois statistiques (d'après Benrubi : op. cit., t. I, pp. 372-373). Einstein-Infeld conclut également (*L'évolution des idées en physique*, Paris, 1939), que la physique régit des foules, non des individus, et qu'il n'y a de nécessité stricte, mais seulement de probabilité.

(301) V. Bergson qui, tout en admettant que les lois physiques sont des lois statistiques, selon les nouvelles recherches, dit qu'elles sont nécessaires tout de même : « car ce fait physique est perçu par nous comme soumis à un déterminisme inflexible, et se distingue radicalement par là des actes que nous accomplissons quand nous nous sentons libres ». (Op. et loc. cit.).

(302) Comp. la conception de Poincaré (v. notre note 300).

pour un phénomène physique, n'admet d'autre cause qu'un phénomène également physique » (303). L'influence de l'esprit sur la nature est possible (304), étant donné qu'entre la nature et nous existent des liens, la nature et ses lois ne pouvant pas être conçues sans un sujet pensant et que « les mouvement mécaniques ne peuvent pas être isolés des phénomènes physiques et organiques existant dans la nature » (305). Autrement dit, pour Boutroux, tout est lié, la nature et l'esprit, la nécessité et la liberté, et la seule possibilité pour notre esprit de concevoir la nature, de la penser, est la preuve qu'il a des affinités avec la nature, qu'il peut donc l'influencer. La véritable action dans la nature, dit-il, est « tout autre chose que la prétendue action d'un corps sur un autre, laquelle n'est qu'une relation numérique ». Donc, « il n'y a point de chaîne à rompre pour faire pénétrer une influence morale dans ce qu'on appelle le monde de la matière et du mouvement » (306). Boutroux conclut en conséquence que « le support réel des phénomènes dits mécaniques » peut ne pas être mécanique et n'être pas soumis au déterminisme et qu'entre l'esprit et la matière, il n'y a pas de limites fixes (307). L'esprit, selon Boutroux (308), peut se proposer une fin et la réaliser. En bref, Boutroux conçoit la nature tout entière comme imprégnée de l'esprit, la matière et l'esprit s'entremêlant. Cette conception, quoique admissible en principe, nous paraît trop large et elle ne nous explique pas exactement la façon dont l'esprit peut vraiment influencer la nature.

Cette explication, nous la trouvons chez Bergson. Nous avons déjà parlé de sa conception générale de l'univers, qu'il conçoit comme composé d'une même essence spirituelle, l'esprit et la matière étant deux directions inverses, montante et descendante, d'un même courant. Mais, à part cette conception, nous avons vu que Bergson admet bien la séparation, au moins relative, de deux domaines : celui de la nécessité, celui de la liberté. Mais la liberté, comment peut-elle exister à côté de la nécessité ? Bergson répond que l'esprit est actif, et créateur, « étant précisément une force qui peut

(303) V. *op. cit.*, p. 60.

(304) *Op. cit.*, pp. 20, 27, 49-50.

(305) *Op. cit.*, p. 49.

(306) *Ib.*, p. 50.

(307) *Ib.*, p. 143.

(308) *Ib.*, p. 122.

tirer d'elle-même plus qu'elle ne contient » (309), et qui peut, par conséquent, inaugurer de nouvelles séries causales. Comme l'esprit, qui est en fait notre conscience (310), dont nous avons l'expérience tous les jours, qui est aussi l'élan vital, comment influence-t-il la réalité, comment inaugure-t-il ses nouvelles séries ? — Après une longue observation de l'évolution des organismes, Bergson conclut que l'esprit agit lui-même comme une cause efficiente, « cause par déclenchement » (311). L'esprit utilise l'énergie que notre corps a accumulée, il déclenche l'action de cette énergie, il est la cause initiale de toute cette série de phénomènes causée par l'énergie. Le système nerveux sert à ce déclenchement, et le cerveau « est un véritable *réservoir d'indétermination* » (312), de liberté. Pour pouvoir concevoir cette liberté, il ne faut pas s'adresser à l'intelligence, faite pour utiliser et pour manier la manière, mais à l'intuition, c'est-à-dire se replacer dans la *durée pure*, dans le *temps réel* (313).

Ainsi, chez Bergson, nous avons une conception mûrie, fondée non pas sur la spéculation pure, mais sur les résultats de la science et sur l'expérience intuitive. Il nous montre la réalité, et aussi la méthode pour la connaître. L'esprit n'est pas seulement un idéal inefficent, c'est une *force*, efficiente, agissante, capable de déclencher l'énergie et de provoquer les phénomènes. Notre liberté et notre action libre ne sont pas une chimère, mais une réalité.

68. — Quelle va être notre position devant ce problème, et devant ces deux variantes d'une solution que nous avons reconnue, après l'analyse des autres, comme uniquement possible ?

Précisons encore une fois que nous voulons rester sur le terrain de la stricte « positivité », n'employer rien que ce qui est constatable par tous. Or, notre propre conscience est la première réalité constatable et directement accessible. Qu'est-ce qui se trouve derrière la conscience ? Est-ce l'esprit, une substance définie,

(309) « L'énergie spirituelle », p. 33 ; comp. aussi, p. 22 et « Evolution créatrice », pp. 137-138.

(310) « Energie spirituelle », p. 59.

(311) « Evolution créatrice », pp. 95, 107, 111, 125, 127-137, 286-289, 293 ; « Energie spirituelle », pp. 14-15, 17, 22, 33 ; comp. Ladischenski, *op. cit.*, pp. 257-261.

(312) C'est Bergson qui souligne.

(313) Concepts bergsoniens, difficiles à expliquer brièvement.

active ? Nous le *croyons*, avec Bergson. Mais ce que nous *savons* certainement, ce que l'expérience courante nous enseigne tous les jours, c'est que notre conscience est libre de faire telle ou telle action, de réaliser telle ou telle valeur, donc, qu'elle est créatrice et active. Cela nous suffit.

De ce point de vue, donc, nous ne pouvons pas admettre l'explication de Boutroux et de Bergson, qui admettent l'esprit, l'élan vital, l'énergie — des notions métaphysiques et, pour ainsi dire, « subjectives », non constatables et observables. Nous pouvons admettre avec Bergson la conscience, mais non pas l'élan vital. La même position doit être prise envers « la cause par déclenchement » de Bergson. Il est peut-être vrai que l'esprit agit comme une telle cause, mais nous ne pouvons pas le constater.

Ce que nous pouvons constater certainement, pourtant, c'est que nous avons un sentiment indiscutable que nous disposons d'une certaine dose d'énergie. Je peux très bien lever la main ; je peux aussi ne pas la lever. Je suis libre de faire ou de ne pas faire, de dépenser l'énergie ou non. Cela dépend uniquement de ma volonté, c'est-à-dire de ma conscience. Si je donne des motifs suffisants à ma volonté, si je m'ordonne à moi-même une action, je l'accomplirai. La liberté indiscutable subsiste, la liberté dépensant l'énergie dont je dispose. Nous nous trouvons donc devant des données fort simples et facilement constatables : notre action est libre, nous pouvons décider de notre action, et, partant, de la dépense d'énergie que nous possédons. Ainsi la liberté est indiscutable, l'homme choisit librement ses actions, c'est-à-dire qu'il crée librement les valeurs qui sont les causes de ces actions, puisqu'elles sont les motifs de notre volonté. Les normes, donc, qui nous ordonnent une action pour réaliser une valeur, ne sont pas des lois causales, nécessaires ; notre liberté n'est pas une illusion.

69. — Ainsi, puisque notre action selon les normes est libre, il faut trouver un fondement pour la force obligatoire de la norme. En effet, nous ne sommes pas *contraints* d'appliquer une norme. Alors pourquoi l'appliquons-nous ? Il faut répondre : parce que la norme représente pour nous une valeur.

Nous décidons donc de notre action à la suite de nos jugements de valeurs, de nos idéaux. L'idéal est un jugement, donc un objet idéal, mais il se trouve dans notre conscience, comme logé

dans elle, créé par elle. Il est possible qu'il existe en dehors de notre conscience, objectivement, mais nous ne le savons pas. Ce que nous voulons constater, c'est que l'idéal, pour pouvoir agir sur nous, doit se trouver nécessairement dans notre conscience et qu'il s'y trouve vraiment toujours lorsque nous accomplissons une action. Aussi, que notre conscience se sent libre de choisir tel ou tel idéal comme sien, et nous disons de le créer.

En somme, ce que nous constatons se ramène à ceci : l'idéal est un état de notre conscience, en tant qu'il se trouve en elle, état qui, étant un jugement par son *contenu*, c'est-à-dire par ce dont nous sommes conscients, jugement portant sur les faits, sur les « séries » causales, ne peut être causé par eux, un jugement libre, la liberté dont nous sommes aussi conscients. Donc, n'étant pas le produit des faits, il ne peut être que le produit de notre conscience. de notre propre être (ou s'il existe un monde des valeurs, il est alors donné à travers notre conscience, mais c'est invérifiable). Dans ce sens, et seulement dans ce sens, c'est-à-dire dans le sens qu'il ne provient pas des faits causaux, mais se crée librement par notre conscience, il est donné *a priori*, non pas *a posteriori*. Mais cela ne veut pas dire qu'il se crée sans avoir égard aux faits, et que la conscience individuelle le crée sans avoir égard à ce qu'on peut appeler « culture » et qui imprègne, par l'éducation, toute conscience individuelle. Notre conscience travaille sur les faits, elle crée les idéaux selon les faits, la vie sociale, etc.

L'idéal étant créé librement par la conscience, et l'idéal étant, après notre communion avec lui, le motif de notre volonté, donc la « cause » de notre action, il est évident que la conscience porte en elle la faculté d'inaugurer des « séries » causales, des faits. Si elle déclenche l'énergie accumulée, ou si elle est elle-même une énergie, nous ne le savons pas. Mais qu'elle est la cause première de nos actions, sans être causée (la conscience est bien le résultat d'une longue évolution de la vie — peut-être, car cela peut être discuté aussi — et en tant que telle causée elle aussi, comme un bloc, comme un phénomène, mais il ne s'agit pas ici de cela, il s'agit de constater que la conscience, notre, votre, dans l'état actuel, achevée, est libre de créer ses idéaux et de provoquer nos actions, sans que cette création, cette décision *concrète* d'agir, soit nécessairement provoquée par les causes, par les faits, selon les lois causales), c'est ce que nous savons bien.

Nous constatons, donc, un dualisme (qui, peut-être, nous ne le savons pas, se ramène, au fond, aussi à un monisme comme chez Bergson), la nécessité des faits d'une part, la liberté de nos actions, de notre conscience, de nos idéaux, d'autre part. Nous avons essayé de concilier cette nécessité et cette liberté, de leur rendre possible la coexistence, sans les ramener l'une à l'autre, et aussi sans les séparer l'une de l'autre, en les donnant aussi liées et inséparables, comme elles le sont dans notre expérience de tous les jours.

§ 2. — *La valeur*

70. — Nous avons constaté, à côté des faits, l'existence des valeurs. C'est la valeur qui est à la base de notre action consciente, qui est la source réelle de cette action. Nous expliquerons plus tard comment, à la suite de valeur, nous nous sentons obligés à l'action; il s'agit maintenant de préciser cette notion même de valeur. La valeur est un phénomène très complexe; elle n'est pas un simple raisonnement de notre raison, comme inclinent à la concevoir les rationalistes, ni un simple désir, comme le veulent les partisans de l'irrationalisme.

La valeur, c'est le jugement qu'un fait (ou un certain état de faits, un réel) *doit* exister. La valeur est notre jugement, elle n'existe pas objectivement dans les faits. Lorsque nous constatons qu'un fait a de la valeur, nous n'identifions pas ce fait avec la valeur, nous les distinguons bien. C'est pour cela que nous ne disons pas : ce fait *est* la valeur, mais ce fait *a de la valeur*. L'opération par laquelle nous constatons la valeur d'un fait est complexe; elle consiste :

1° dans la constatation d'une valeur; nous constatons qu'une valeur valable existe dans notre conscience, qu'un jugement de valeur existe, donc nous constatons en notre conscience qu'un fait *doit* exister;

2° dans la constatation qu'un tel fait, conforme à la valeur, existe.

De ces deux prémisses, nous tirons un jugement : jugement que ce fait a de la valeur, et nous disons que la valeur est réalisée, que les faits se sont conformés à la valeur. L'on voit donc très bien que c'est le fait qui existe, non pas la valeur, car la valeur est ce qui *doit* exister, et elle reste toujours distincte des faits. Quand

nous disons que la valeur est réalisée, c'est une simple métaphore, c'est la constatation que l'idéal est transformé en réel; mais l'idéal, la valeur, est toujours à réaliser, il n'y a pas de valeur-fait. Qu'un fait *doit* exister, — cette essence de valeur, — cela constitue un *idéal*, non pas un *réel*, c'est-à-dire constitue une fin à réaliser par nous, par notre action, qui découle de cet idéal; — et quand nous réalisons ce fait, l'idéal est devenu le réel, et si le fait continue de *devoir* exister, ce devoir exister est de nouveau une valeur, c'est-à-dire toujours une fin à réaliser, se distinguant de ce qui est déjà réalisé.

La valeur est un idéal en deux sens : elle existe toujours dans notre esprit comme un jugement, c'est-à-dire comme un *objet* idéal, et elle a une signification idéale, car elle existe dans notre conscience comme un appel à la réalisation, comme quelque chose *à réaliser*; les faits *existent*, la valeur est *ce qui doit* exister; et quand les faits qui *doivent* exister *existent*, la valeur n'existe pas alors dans ces faits, mais elle existe, comme distincte, dans notre conscience. C'est par sa nature même que la valeur est capable de nous pousser à l'action; elle est un véritable appel à l'action qui imprègne notre conscience; un fait ne peut jamais nous pousser à l'action, car il *est*, il ne doit pas être, tandis que la valeur est précisément ce qui *doit* être.

La valeur est, donc, essentiellement un idéal, et nous proposons le mot « valeur » pour désigner un *idéal*, c'est-à-dire ce qui est *à réaliser*; et le mot « valeur réalisée » pour désigner le *fait*, donc un réel, qui a de la valeur. La valeur étant un idéal, donc un état de notre conscience qui est indépendant du monde causal, un motif de notre volonté qui nous pousse à l'action, c'est donc dans le processus psychique par lequel nous concevons cet idéal et décidons de notre action que se fait la liaison entre le fait et l'idéal, entre la nécessité et la liberté. Il importe donc bien de préciser l'essence de la valeur et le processus psychique par lequel nous la concevons et la réalisons.

71. — Dans la valeur, il faut distinguer les éléments suivants :

1° Son *essence*, qui est *idéale*, dans le sens que la valeur existe dans notre conscience non pas comme un état de conscience, un processus psychique, mais comme un objet (idéal, non réel), de la conscience, comme un jugement. Cette essence est un *jugement*,

elle est *ce qui doit être*, et n'est pas encore, car dès que cela *est*, ce n'est plus une valeur, mais tout au plus un fait conforme à la valeur. Donc, l'essence de la valeur n'est pas un *néant*, c'est une représentation positive au plus haut degré, et active; la valeur est une tension vers l'existence, vers la réalisation, vers le réel; c'est un réel virtuel, réel en puissance; ce n'est pas un simple « ce qui n'est pas », mais un « ce qui doit être ». La conscience apprécie les faits par une faculté qui lui est propre, et choisit librement ceux qui doivent être, ou leur combinaison. Ainsi, en créant la valeur, en prononçant son jugement sur les faits, la conscience prend déjà une pose active, elle juge déjà que, selon les besoins, il faudrait inaugurer l'action. En émettant un jugement, la conscience prend une position qui n'est pas encore une action, mais qui est la condition première de l'action, car l'action ne peut arriver sans qu'un jugement de valeur la précède. La conscience se prépare, donc, à agir sur la nécessité, sur les faits, à les changer selon la valeur. Les jugements de valeur sont essentiellement portés vers l'action; c'est en vue d'une action que la conscience les émet.

L'essence de la valeur : jugement qu'une chose doit exister, est un produit de toutes les différentes facultés de notre conscience. On ne pourrait pas dire que c'est la raison seule qui juge, quoiqu'elle ait la plus grande part. C'est toute notre âme, tout notre caractère, toute notre personnalité, tout le « Moi » qui est le juge, tout notre être si complexe, avec ses désirs, ses passions, ses vertus. Notre jugement de valeur n'est donc pas un simple raisonnement objectif et froid, quoiqu'il le soit quelquefois plus ou moins.

Il y a une question beaucoup plus difficile, que nous avons déjà effleurée : quelle est la nature vraie, dernière, de l'essence même de la valeur, du jugement ? Les valeurs existent-elles comme des substances objectives, en dehors de notre conscience, indépendamment d'elle, ou non ? C'est une question que nous croyons impossible de résoudre « scientifiquement », c'est-à-dire par des observations vérifiables par tous. Nous pouvons seulement présenter les observations dont on peut conclure à une solution, mais nous croyons la conclusion mal fondée, étant donné que nous ne pouvons pas observer la « nature » de la valeur, mais seulement la manière dont elle nous est donnée dans la conscience. Nous pouvons ainsi constater qu'il n'y a de valeur que par rapport à un sujet : ce qui doit être pour un sujet qui juge, non pas en général,

objectivement. On ne peut pas affirmer toutefois que, puisque la valeur n'existe que pour un sujet, elle est sa création, car on peut dire que, quoique la valeur soit objective, elle subit une « subjectivisation » lors de l'acte de connaissance de la valeur de la part du sujet; — ce qui expliquerait la diversité des valeurs. Il est possible qu'elle existe en dehors du sujet et l'affecte. La forme de la valeur, « doit être », peut au contraire exister indépendamment du sujet; car « doit être » est une forme objective, qui ne contient aucun jugement de valeur; elle est vide. Mais cette forme ne peut pas constituer à elle seule la valeur, il lui faut encore un contenu : « *ce qui doit être* », et ce contenu est toujours concret et dépend du sujet. Mais il est bien difficile d'imaginer même une existence de la forme vide; la forme ne peut pas subsister sans le contenu. (Comp. ci-dessus, n° 25).

72. — 2° Notre *position* envers la valeur, envers son essence. L'essence de la valeur consiste dans le jugement : X, Y... doit être. Or, en émettant ce jugement, la conscience peut prendre diverses *positions* : elle peut émettre un jugement valable en général, un jugement « objectif », qu'elle ne lie pas à elle-même, brièvement, émettre un jugement en qualité de législateur universel (314), ou en qualité de législateur pour une société déterminée; ou elle peut émettre le jugement à l'intention d'une tierce personne (« X doit être pour toi »), ou, enfin, un jugement valable pour elle-même (« X doit être pour moi »). Ce « pour moi », « pour toi », etc., constitue notre position envers le jugement. La conscience observe, généralement, une attitude différente suivant le cas où elle émet le jugement pour elle, ou pour un tiers, ou en qualité de législateur universel. Lorsqu'elle émet le jugement en qualité de législateur universel, elle s'efforce d'être « objective », d'émettre un jugement pouvant être adopté par tous, d'être « raisonnable », c'est-à-dire elle fait prévaloir dans le jugement la raison, qui est objective, et non pas ses passions, ses désirs, sa subjectivité, sa personnalité (315). Lorsque nous prenons la position « pour moi », cette subjectivité joue un rôle beaucoup plus large. Mais, comme nous l'avons dit (V. ci-dessus, n° 24), il est normal que, dès qu'un homme

(314) Dans le sens de Kant : agir pour que la maxime de l'action puisse être universelle.

(315) C'est peut-être de là que vient, chez Kant, la conception de la valeur comme d'essence purement *rationaliste*.

émet un jugement comme universellement valable et obligatoire, il l'admet aussi comme valable pour lui-même : ce jugement de valeur a, donc, cette force obligatoire que nous avons appelée *normativiste*.

La *position* est très importante, parce que c'est dans le processus de la prise de position que s'opère la liaison de la valeur avec notre conscience, avec l'action, avec les faits. Nous avons dit que l'essence de la valeur est un jugement, donc un *objet idéal*, indépendant des lois causales, créé librement par notre conscience, — non pas un processus psychique, un fait psychique, soumis aux lois causales. Le processus du jugement est bien un fait psychique, mais le jugement ne consiste pas dans ce processus, processus qui n'est que l'organe de l'élaboration du jugement. Autrement dit, le jugement est un *objet* du processus, — celui-ci étant un processus du cerveau, donc, un processus psychochimique, — et non le processus lui-même. La position, la prise de position, est aussi un processus psychique, provoqué non pas par le processus du jugement mais par le jugement lui-même, donc par la valeur, par l'idéal lui-même. Elle est un fait psychique, comme tous les autres faits, cependant elle se distingue de ces autres faits en ce qu'elle n'est pas causée par des causes selon la loi de causalité, mais provoquée par la valeur : c'est donc sur elle que la conscience agit comme cause première, qu'elle inaugure la nouvelle série causale. La valeur, son *essence*, qui existe dans notre conscience déjà comme *connu*, provoque la *position* non comme une cause, mais comme un idéal ; la prise de position reste toujours libre, c'est-à-dire qu'il dépend de notre conscience seule, du *Moi* (mais non tout simplement de notre volonté) de prendre une position déterminée.

73. — Cette position peut être ou négative ou positive : elle est *négative* lorsqu'elle est « pour toi », « pour lui », etc. ; elle est *positive* lorsqu'elle est « pour moi ». Lors de la position négative, la conscience constate que l'action pour la réalisation ne vient pas d'elle ; la conscience n'émet pas le jugement comme valable pour elle, le jugement ne l'oblige pas à l'action. La tension de la conscience vers l'action — qu'implique le jugement — disparaît, la conscience abandonne l'état d'alerte. La valeur reste idéale, ne se réalise pas par la conscience ; la valeur n'a rien provoqué dans le monde causal, sauf le fait psychique de position négative, un fait psychique négatif. La valeur reste inactive.

La position positive est donc beaucoup plus importante. C'est ce qu'on peut appeler la *communion* du « Moi » avec la valeur, communion qui est une condition indispensable de l'action, communion qui constitue précisément la base, le fondement de l'obligation normative réelle, efficiente, que nous cherchons à expliquer. La communion ne consiste pas dans un nouveau jugement de valeur (par exemple, « cette valeur doit être la valeur aussi pour moi »), car alors, il resterait à expliquer de nouveau comment cette nouvelle valeur, ce nouveau jugement, cet autre idéal, peut influencer la réalité, provoquer une action, se joindre au réel et ainsi l'on irait *ad infinitum*. La communion, donc, est un état particulier de conscience. Si l'on peut dire que dans le jugement même de valeur prédomine l'élément *rationnel*, il est certain que cet élément n'a pas une grande importance dans la communion. La communion n'est pas un acte de jugement, une réflexion; elle est d'essence plutôt sentimentale, elle est l'action d'attraction, l'appel à la réalisation qui émane de la valeur. C'est un acte d'amour, une tension puissante vers la création du nouveau, vers le perfectionnement. C'est essentiellement un acte irrationnel : la valeur nous fascine, et nous la suivons. Il y a là une espèce de pression aussi, mais ce n'est pas une pression matérielle. La valeur est appropriée par nous; nous nous sommes imprégnés d'elle, elle nous interpénètre, nous baigne; nous l'adoptons, elle devient nôtre (nous avons employé jusqu'ici souvent l'expression « valeur adoptée »). La valeur est, ainsi, valable pour nous, c'est-à-dire elle nous oblige à l'action, à la réaliser; elle est obligatoire, et cette obligation est une obligation normative, car nous étions libre de prendre la position « pour moi », source de l'obligation, ou de ne pas la prendre, et, au surplus, nous sommes encore libres de ne pas la réaliser. Notre volonté étant faible, les autres valeurs, inférieures, peuvent s'imposer à elle et elle peut laisser et ne pas réaliser la valeur supérieure. Mais cette liberté n'est plus absolue : la valeur a déjà, par l'acte de position, provoqué un fait psychique soumis aux lois causales, qui se poursuit nécessairement. Notre volonté étant motivée par la valeur — cette motivation s'accomplit par l'acte même de position — ne peut plus refuser de la réaliser. Elle peut être seulement empêchée dans cette réalisation par une autre valeur, qui est aussi une création libre de notre conscience et qui inaugure, elle aussi, une position, un fait psychique agissant selon les lois causales, nécessaires. Ces

deux causalités, ces deux nécessités, luttent, c'est-à-dire que luttent aussi nos deux valeurs, supérieure et inférieure, et lorsque c'est l'inférieure qui vaine, nous disons que notre volonté est « faible ». C'est donc une métaphore. Dans cette communion donc se trouve le fondement de la force obligatoire de la valeur. Dès que nous avons adopté la valeur, nous nous sentons obligés de la réaliser; elle nous pousse à l'action.

74. — Le jugement de valeur peut être émis par n'importe qui, il peut être toutefois *adopté* par nous. Nous pouvons donc communier avec les valeurs d'autrui. En les adoptant, ces valeurs deviennent nôtres, elles nous obligent comme si nous-mêmes les avions émises, comme nos propres jugements de valeurs. Ainsi nous pouvons adopter les valeurs que nous trouvons toutes faites par autrui, ou par la société. C'est même la plupart des jugements de valeur que nous trouvons ainsi tout faits, et c'est par l'éducation, ou d'une autre manière, qu'ils s'imposent à nous. Les valeurs peuvent donc très bien exister comme des faits sociaux, comme des institutions, et le mérite de Durkheim est, comme nous l'avons dit, de l'avoir constaté. Le droit est un fait social; c'est la plus typique valeur-fait social, que nous trouvons toute faite et que nous ne pouvons qu'adopter, — et ainsi il devient normativement obligatoire pour nous, — ou rejeter, et alors, il n'est pas obligatoire normativement, ne possède pas la force obligatoire normative; mais peut tout au plus nous être imposé par la sanction.

Cette communion avec les valeurs d'autrui, les valeurs instituées indépendamment de nous, nous l'accomplissons tous les jours, quoiqu'elle paraisse, peut-être, quelque peu mystérieuse selon nos descriptions. Ainsi, après les réunions, après les discussions, nous revenons chez nous comme « conquis » par un point de vue que nous avons entendu exposer, et cela n'est rien d'autre que notre communion avec les jugements de valeurs exposés; nous n'avons rien fait d'autre que d'adopter les valeurs d'autrui.

On dit couramment que nous émettons des jugements de valeur sur les jugements de valeur eux-mêmes. On pourrait vraiment concevoir que nous émettons nos propres jugements sur les jugements de valeurs d'autrui, et si nous les jugeons comme des valeurs pour nous aussi, nous les adoptons. Nous comunierions donc seulement avec nos propres jugements de valeurs, soit que nous émettions ces jugements sur les faits, soit que nous les fassions porter

sur les jugements de valeur d'autrui, que nous constatons aussi comme les autres faits, et qui ne représentent pour nous que des faits aussi. En tout cas, cela ne change rien, la nature de la communion ne change pas; elle est toujours l'adoption de valeur, prise de position positive envers la valeur.

75. — Ainsi donc, puisque la position est provoquée par le jugement lui-même, c'est-à-dire par l'essence *idéale de la valeur*, la *liaison de l'idéal avec le réel* est consommée, car l'idéal a provoqué un fait psychique : position, un fait qui a ses suites causales. Nous ne pouvons donc pas connaître l'essence même de la valeur, l'essence dernière, ni savoir si elle a une *existence idéale* en dehors de notre conscience, ou non, — mais nous pouvons constater que cette valeur existe dans notre conscience et l'influence. Elle y provoque un fait psychique — position — qui, bien que fait psychique, est différent des autres faits psychiques parce que provoqué par un idéal. L'erreur de Kelsen — à la suite de Kant — a été de considérer ce fait psychique — qu'il appelait l'*idée de norme*, la *représentation de la norme* dans la conscience — comme tout à fait identique aux autres faits, car alors on ne peut pas expliquer notre liberté, la force obligatoire *normative*. La valeur, en tant qu'existant dans notre conscience, est soumise aux lois causales comme un processus psychique, mais son *contenu* n'y est pas soumis. La valeur semble bien être d'essence spirituelle, mais nous ne le savons pas. Ce que nous savons, c'est qu'elle est *active*, qu'elle provoque en nous nécessairement un fait psychique — position. Si la position est *négative*, le jugement de valeur est *constaté* par nous, ou *émis* par nous, mais il ne possède pas la force obligatoire, il n'est pas actif, il est, du point de vue de la force obligatoire, égal aux faits, — si elle est *positive*, alors la valeur provoque l'action.

76. — 3° Notre *sentiment* de la valeur, qui est le troisième élément de la valeur réelle, efficiente, liée à nous par la communion. La communion avec la valeur est la cause de ce sentiment de la valeur qui est un fait purement psychique, et qui contribue à la puissance de la communion comme motif de notre décision de volonté de réaliser la valeur par notre action. La nouvelle « série causale », inaugurée par la communion, se poursuit par le sentiment de valeur. Ce sentiment consiste : 1° dans une *représentation* (acte d'imagination) du fait qui *doit* exister; 2° dans une *tendance* plus ou moins forte de notre conscience à la réaliser. La valeur,

devenue obligatoire pour nous par la communion, poursuit sa réalisation. Dans la tendance, le second élément du sentiment de valeur, il y a déjà un élément de volition. Après cela vient la décision de volonté proprement dite et l'action de réalisation (316).

4° Notre *connaissance* de la valeur, qui est un acte intellectuel d'enregistrement de ce qui se passe lors de l'expérience de la valeur par la conscience. La connaissance peut se rapporter soit à notre propre expérience de la valeur (sous ce mot expérience, nous comprenons le fait de vivre les trois éléments de la valeur exposés précédemment), soit à l'expérience d'autrui. La connaissance est une constatation d'existence, un jugement de réalité; elle constate *l'acte de jugement* émettant le jugement lui-même (contenu de l'acte), elle ne constate pas la valeur elle-même (c'est-à-dire le *jugement lui-même*), car ce serait l'émission même de ce jugement, donc la « création » de la valeur, non pas sa connaissance. Elle constate également l'existence de la communion et du sentiment de la valeur et, enfin, aussi de la connaissance de la valeur (si c'est la connaissance de la valeur d'autrui). Cette connaissance constate donc, non pas la valeur elle-même, dans son essence, non pas ce qui doit être, mais la valeur en tant que fait, existant positivement comme un fait dans la conscience.

La connaissance de la valeur, sans son expérience, ne constitue donc pas pour nous encore la valeur elle-même; par conséquent, étant un fait, comme tous les autres faits, cette connaissance ne peut nous pousser à l'action. C'est pourquoi la constatation d'une valeur d'autrui (ou aussi la connaissance d'un nôtre jugement de valeur, mais avec la position négative), nous laisse indifférents et inactifs. Nous ne cherchons pas à réaliser une telle « valeur » qui, en réalité, n'est qu'un fait, pour nous. On comprend maintenant pourquoi nous disons toujours qu'une valeur objective, qui existe en dehors de nous, que nous connaissons seulement, mais que nous n'adoptons pas, ne constitue pas pour nous une valeur efficiente, mais un fait comme tous les autres, qui ne peut pas nous pousser à l'action et n'est pas obligatoire normativement.

(316) Nous avons vu que beaucoup d'auteurs conçoivent la valeur comme un *désir* (pour distinguer la valeur des autres désirs, Valli la définit comme « une masse de désirs en face de tel ou tel désir individuel » — V. « Revue de Métaphysique et de Morale », 1911, p. 661) ; le *sentiment de la valeur*, par son élément : *tendance*, peut être rapproché de la valeur ainsi conçue.

§ 3. — *La norme*

77. — Nous avons, donc examiné la valeur, et comment elle devient nôtre. Par la *communion*, elle est devenue obligatoire, par le *sentiment*, elle pousse la volonté à la réaliser. Enfin, la volonté décide : réaliser la valeur ou non. Voyons de plus près comment la volonté peut décider de ne pas réaliser une valeur devenue obligatoire par la communion, question que nous avons déjà évoquée dans le paragraphe précédent.

La valeur devient obligatoire, réellement, dès la communion, mais la volonté peut encore décider de ne pas la réaliser. C'est parce que la volonté ne trouve pas devant elle, le plus souvent, un système bien ordonné des valeurs, un système rationnel, sans contradiction. Nous avons dit que la valeur n'est pas une essence purement rationnelle. Si elle était purement rationnelle, l'œuvre exclusive de la raison raisonnante, il y aurait un système des valeurs bien ordonné, sans contradiction. Mais la valeur est créée par notre être conscient (et peut-être même subconscient) tout entier, par toutes nos facultés et puissances spirituelles, et elles sont souvent contradictoires, parce qu'irrationnelles. Ainsi, il y a en nous des valeurs qui sont opposées les unes aux autres. Et pourtant, puisque nous les avons adoptées, elles nous obligent toutes, et de la même façon. Il y aura donc une lutte des valeurs, qui n'est que la « lutte de conscience » trop connue. L'homme est déchiré par cette lutte, entre le côté noble et haut de son âme et le côté bas et inférieur. Ce ne sont pas là les *désirs* seuls qui luttent, ce sont les valeurs qui provoquent les désirs, comme nous l'avons vu. Le désir est un fait psychique qui peut être provoqué non seulement par la valeur, mais aussi par des états organiques; un désir ne peut donc jamais constituer une valeur, qui est un phénomène de plus haut degré et qui peut maîtriser les désirs (317).

Mais, hors de cela, il y a encore une source de conflits, mieux, une raison pour laquelle notre volonté peut décider de ne pas réaliser une valeur obligatoire pour nous. C'est que chaque valeur à réaliser a besoin de procédés techniques pour cette réalisation, ces procédés exigeant un effort, une dépense d'énergie; bref, ne pas

(317) Nous sommes donc contre la conception de Goblot (*op. cit.*, p. 32), selon laquelle c'est le *désir* (sentiment du manque) qui détermine la valeur. — Cela signifie tirer la valeur des faits.

réaliser une valeur représente aussi pour nous une fin à réaliser, une valeur; c'est ce qu'on pourrait appeler la « valeur inverse ». Chaque valeur a ainsi sa négation : valeur inverse. Ne pas réaliser l'une d'elles, c'est *ipso facto*, réaliser l'autre (318). Ainsi, la valeur inverse peut prévaloir sur la valeur, et la volonté peut décider de ne pas la réaliser. Si maintenant nous savons bien que la valeur inverse est une valeur inférieure, quoique nous décidions de ne pas réaliser la valeur pour réaliser la valeur inverse, nous sentirons le remords, nous nous dirons à nous-mêmes que nous sommes faible, indigne, etc. La valeur supérieure prime donc dans la force obligatoire *normativiste*, formelle, la valeur inférieure, mais celle-ci prime, souvent, par suite de la faiblesse de notre volonté, celle-là dans la force obligatoire *réelle, efficiente*. La valeur inférieure prime la supérieure en efficience. Nous jugeons *in abstracto* la valeur comme supérieure mais, *in concreto*, nous nous reconnaissons incapables de la réaliser et réalisons la valeur inverse. Et, en général, dans le système des valeurs que la volonté trouve devant elle, il y a une hiérarchie de ces valeurs, suivant le degré d'importance que nous leur attribuons. Ainsi, en résumé, une valeur peut être supérieure par rapport à l'autre, soit :

1° parce que la valeur inférieure est sa « valeur inverse », et comme telle toujours inférieure, soit,

2° qu'elle ne se trouve en général pas dans ce rapport de réciprocité avec la valeur inférieure, — pour une telle valeur supérieure on peut dire qu'elle est « parallèle » à la valeur inférieure — étant jugée supérieure parce que devant être réalisée avant l'inférieure, ou parce que la contenant en elle.

Pour instituer cette hiérarchie des valeurs, nous émettons des jugements de valeurs — qu'on peut appeler « jugements de comparaison » — sur les valeurs elles-mêmes. Si les deux valeurs sont d'une valeur égale, aucune d'elles ne sera réalisée, tant qu'elles seront restées égales.

78. — Si, enfin, la volonté est suffisamment motivée par la valeur et n'est pas contrariée par une autre valeur, elle décide de réaliser la première. Pour cela, elle va s'adresser à l'intelligence,

(318) Comp. Goblot, *op. cit.*, p. 5 : « Quand (les valeurs) s'opposent, le renoncement à l'une d'elles devient le moyen de réaliser l'autre » — nous lisons non le *moyen de réalisation*, mais la *réalisation* même.

et demander le procédé de réalisation (319). Après avoir obtenu le procédé de réalisation (qui peut constituer aussi une « valeur inverse »), la volonté ordonne l'application de ce procédé, la réalisation de la valeur, et cet ordre, c'est la *norme*. Ainsi, la norme naît de la valeur, valeur qui est la fin que la norme réalise.

La norme peut se définir ainsi : l'ordre d'agir en vue de la réalisation d'une valeur. Elle n'est donc qu'une conséquence de la valeur, elle n'est qu'une étape dans la réalisation de celle-ci, réalisation qui commence par la communion, et se termine par l'action. Elle est le produit de la valeur, tout d'abord, de l'intelligence et de la volonté, ensuite. Etant un commandement de notre volonté, la norme ne peut être que subjective, ou *autonome*; elle ne peut jamais être *hétéronome* (320). Il faut éclaircir ce point, car, d'une part, on dit généralement qu'il y a des normes hétéronomes, parmi lesquelles on place surtout les normes juridiques. Nous avons vu même combien d'efforts ont été dépensés par l'école du droit naturel et l'école sociologique de Durkheim pour trouver une autorité objective (Dieu et la conscience collective) qui sera la source de la force obligatoire hétéronome — et, d'autre part, on fait habituellement — à la suite de Kant — la différence entre la morale et le droit comme entre les systèmes des normes autonomes et hétéronomes (321). Or, nous le répétons : une norme ne peut être qu'autonome, nullement hétéronome. La raison en est très simple et découle logiquement de nos analyses précédentes. En effet, la norme est le produit, la conséquence inévitable de la valeur *adoptée*, c'est-à-dire de la valeur avec laquelle nous avons fait la communion. Par cette communion, la valeur est subjectivisée, elle est appropriée par le sujet. Sa force obligatoire ne découle pas de l'essence même de la valeur, mais de la communion, de l'*appropriation* de la valeur par un sujet. Ainsi, un sujet peut constater l'existence d'une valeur, peut en être conscient, sans qu'elle soit obligatoire pour lui, aussi longtemps qu'il ne se l'approprie pas, qu'il ne l'adopte pas. Une telle valeur, avons-nous dit, n'a pas plus

(319) Goblot, *op. cit.*, p. 59.

(320) Comp. pour une conception semblable de la force obligatoire comme purement *autonome*, G. Perticone : *L'action juridique* (« Archives », 1933, n° 1-2), pp. 65-67.

(321) Telle est surtout, nous l'avons vu, la position des positivistes idéalistes, comme M. Ripert.

de force obligatoire qu'un fait quelconque. Ainsi, si une valeur hétéronome peut exister, si de cette valeur peuvent découler des normes, — cette valeur et ces normes ne peuvent pas être obligatoires sans la communion, sans devenir nôtres, *autonomes*.

La valeur donc, et la norme, ne sont obligatoires qu'en tant qu'elles sont *autonomes*. Seulement, il y a des valeurs purement *autonomes* — ce sont les valeurs qui sont entièrement créées par nous — et *autonomes-hétéronomes* — celles créées par autrui et que nous avons adoptées. La plupart des valeurs, et surtout des normes, sont hétéronomes et deviennent autonomes par l'adoption. La morale est hétéronome autant que le droit, en tant qu'elle existe comme un fait social.

Par conséquent, il n'y a pas et il ne peut y avoir de différence entre les forces obligatoires respectives de la norme morale et de la norme juridique; en tant que le droit a une force obligatoire *normative*, cette force ne peut être qu'*autonome*. Seulement, il faut tenir compte aussi de ce que la morale et le droit, étant des faits sociaux, s'imposent à nous — en dehors de la force obligatoire normative autonome — encore comme tous les autres faits, par la nécessité, et ainsi nous pouvons les *appliquer*, sous cette pression. Mais, évidemment, l'application est un *fait matériel*, qui n'a aucun rapport avec la force obligatoire *normative*. Le droit, surtout, étant sanctionné, s'impose à nous plus particulièrement et nous contraint à l'appliquer. Un tel droit, qui n'est pas adopté par nous, nous l'appelons le *droit-fait*, et nous en parlerons lorsque nous nous occuperons de la force obligatoire de la norme juridique et de la sanction.

79. — La norme, découlant ainsi d'une valeur adoptée et obligatoire, étant *autonome*, ne peut être qu'un *impératif* et un impératif *catégorique*, non pas hypothétique, conditionné (322). En effet, nous nous trouvons placé devant la norme comme devant un ordre *donné* par nous-même à nous-même; il n'y a pas de place pour une condition. C'est notre volonté claire et pure qui nous dicte la norme; il n'y a plus aucune instance en nous pour pouvoir traiter de ses conditions, car ce serait affirmer que nous avons deux

(322) Comp. R. Capitant : *L'Impératif juridique*, thèse, Paris, 1928, où il démontre, en partant d'une autre base, que toute norme juridique est un impératif.

volontés. En aucun cas, donc, la norme ne peut être un impératif *hypothétique*. S'il y a lieu à conditions (la norme, l'impératif hypothétique signifie que nous exécutons l'ordre *si* nous voulons telle ou telle chose, c'est-à-dire telle valeur), elles sont traitées avant que la volonté donne l'ordre; ces conditions constituent précisément des valeurs elles aussi, que nous jugeons par des « jugements de comparaison ». Mais dès que nous avons décidé de réaliser une valeur, cette valeur est catégorique, de même que la norme qui découle d'elle.

Le plus souvent, comme nous l'avons dit, la norme n'est pas notre création, nous la trouvons déjà toute faite dans la société, comme institution, en dehors de nous. C'est surtout la norme juridique qui se présente ainsi : par exemple, comme la norme du droit étatique, ou social, — en général, comme la norme du droit déjà institué, quelle que soit sa forme. Une telle norme, nous le répétons, ne peut être obligatoire pour nous sans notre communion préalable avec la valeur qu'elle réalise. Cependant, une fois cette communion faite, la norme devient obligatoire. La seule différence entre une telle norme et la norme construite originairement par nous, consiste en ce que la norme instituée avant nous n'est pas le produit de notre intelligence, mais le produit de l'intelligence d'autrui (c'est-à-dire que le procédé technique de la réalisation de la valeur n'est pas trouvé par nous). Du point de vue de la force obligatoire, il n'y a pas de différence du tout. Ce cas est aussi fréquent avec les normes techniques (les normes d'architecture, par exemple, et de la technique en général), qui sont toutes le produit d'autrui, de la science, et que nous adoptons en communiant avec leurs valeurs.

§ 4. — *La force obligatoire normative*

80. — Nous avons expliqué comment les normes naissent des valeurs. On peut dire, en résumé, qu'une norme naît de la valeur lorsque notre volonté décide de réaliser la valeur par nos propres actions. La norme est, donc, obligatoire dès qu'elle est née; elle l'est par sa définition même. La source de l'obligation normative ne peut être que dans la valeur. La valeur est un appel à la réalisation, à l'action. La constatation de ce qui doit être est une constatation portant en soi une grande force dynamique. Cette force

dynamique, capable de nous pousser à l'action, est encore renforcée par notre communion avec la valeur, car ce n'est plus la constatation qu'une certaine chose doit être, mais la constatation qu'elle doit l'être par notre propre action. La communion est un motif de notre volonté de réalisation de la valeur, volonté qui est la source de la norme. Elle est encore plus renforcée par le sentiment de la valeur. La norme-fait, existant dans autrui — dans la société, par exemple — n'a pas cette force obligatoire réelle, efficiente, — elle n'a que la force que nous appelons *normativiste*, en tant que le sujet de cette norme pense qu'elle doit être obligatoire universellement.

Cette force obligatoire normative est bien visible dans nos actions quotidiennes, par exemple dans nos actions économiques. La norme économique nous ordonnant une action, n'est obligatoire que parce qu'elle réalise une valeur économique, et elle est obligatoire uniquement pour cette raison, raison qui est en même temps suffisante pour nous obliger réellement, pour provoquer une action conforme à la norme, si d'autres valeurs, prévalant sur la valeur économique, ne viennent pas nous décider à les réaliser, elles, et non la valeur économique. Hors de la valeur, il n'y a donc pas de source possible de l'obligation normative. Ce qui est visible tous les jours pour les valeurs économiques, par exemple, l'est aussi pour les autres valeurs : elles sont le fondement de la force obligatoire normative.

81. — Il convient de faire une importante distinction, du point de vue de la force obligatoire, entre la norme *abstraite* et la norme *concrète*. La norme, nous l'avons dit, est un ordre d'action. Par conséquent, elle est éminemment concrète, l'ordre déterminant une action imminente et bien précisée. Mais il y a des normes générales, *abstraites*, qui ne nous ordonnent pas une action à accomplir immédiatement, mais nous déterminent à suivre une directive générale et qui sera précisée quand le besoin en sera, par les normes concrètes. La norme *abstraite*, est, par exemple : *ne tue pas* ; la norme *concrète* est née de cette norme abstraite au moment même où nous sommes tentés de tuer quelqu'un ; cette norme concrète nous ordonne : *ne tue pas X dans le temps T et le lieu Z*. A vrai dire, seule la norme concrète est une norme véritable dont nous sentons nettement la force obligatoire, quoiqu'elle provienne de la norme abstraite, car la norme abstraite se présente clairement à nous

seulement à travers une norme concrète. Pourtant, il ne faut pas nier toute force à la norme abstraite elle aussi. On peut même dire que la norme abstraite, qui est toujours présente en nous — quoique souvent dans la subconscience — prépare le terrain pour l'action de la norme concrète et la renforce ainsi au moment décisif. Il reste cependant vrai que la norme abstraite n'est pas suffisamment déterminée, car elle est, le plus souvent, une « moyenne », valable universellement, dont nous sommes imprégnés par l'éducation, et qui a besoin d'être quelque peu modifiée lors de sa concrétisation (il y a les questions de la défense légitime, de l'état de guerre par exemple, etc., qui doivent être résolues par la concrétisation). C'est pourquoi nous avons dit que, à proprement parler, il n'y a que des normes concrètes qui sont vraiment obligatoires, — et non pas des systèmes entiers et tout faits. Par conséquent, il faut toujours chercher la force obligatoire *d'une norme* concrète, non pas d'un *système* normatif. Ce n'est qu'à défaut de la force obligatoire propre aux normes concrètes qu'il faut chercher la force obligatoire du système lui-même, force qui va se transporter aussi aux normes concrètes — fait qui constitue ce que nous appelons l'adoption indirecte des valeurs.

La norme juridique aussi est souvent une norme abstraite, une « moyenne » qui n'est pas suffisamment appropriée aux cas concrets. Dès lors, le besoin de sa concrétisation lors de l'application, et le sentiment qu'une norme juridique est souvent injuste lorsqu'elle est appliquée à un cas concret sans être suffisamment appropriée à ce cas.

82. — Une fois donc la norme concrète émise par nous, elle est exécutée nécessairement, parce que c'est une décision d'agir. Par conséquent, il n'y a plus de liberté; seuls les faits matériels peuvent nous empêcher de l'exécuter, ou une nouvelle décision de volonté, émise sur la base d'une autre valeur. La norme ne nous laisse donc pas notre liberté en tant qu'elle est autonome; — elle nous laisse notre liberté en tant qu'*hétéronome*, en tant que fait, institution, car la norme en tant qu'institution réalise des valeurs que nous sommes libres d'adopter ou non. Mais dès que nous avons adopté une valeur, la norme découlant d'elle est obligatoire pour nous; elle nous pousse à l'action, nous la réali-

sons, nous nous sentons obligés. En somme, la force obligatoire normative réside dans notre conscience; dans la communion avec la valeur et le sentiment de valeur, sentiment qui est si fort qu'il nous pousse à réaliser une valeur en exécutant sa norme.

Mais si nous avons adopté deux normes contradictoires, nous émettons un jugement de valeur « de comparaison », *ad hoc* et *in concreto*, pour réaliser l'une d'elles; ce n'est pas ce jugement seul qui nous oblige, mais aussi, et plus, la norme jugée préférable, c'est-à-dire sa valeur, sans que l'autre valeur soit devenue un fait, non obligatoire; la norme se montre alors aussi comme une loi qui n'est pas nécessaire.

83. — La force obligatoire de la norme est donc essentiellement subjective, *autonome*, car : 1° à notre volonté, personne au monde ne peut commander que nous-même; 2° nous ne pouvons pas lui commander autrement qu'en raison des valeurs que nous réalisons; 3° enfin, et c'est la raison primordiale, ces valeurs elles aussi sont subjectives.

Mais l'importance de la société, de l'élément hétéronome, en général, ne doit pas, pour cela, nous échapper. Ces éléments sont multiples.

Tout d'abord, il faut écarter un élément hétéronome possible, mais invérifiable. Nous avons dit que nous ne pouvons rien savoir de positif sur l'essence même de la valeur; la valeur se présente à notre esprit (conscience) comme un jugement de nous-même, du sujet du jugement, donc comme une valeur subjective, sans que nous puissions découvrir l'existence de valeurs objectives, s'imposant à nous, ni l'émission de ces valeurs par un être supérieur à nous.

Cette source d'hétéronomie exclue, il n'en reste plus qu'une seule : la société. Toute la vie sociale est, en un sens, le produit et la production, en même temps, des valeurs. La culture, la civilisation ne consistent en rien d'autre qu'en la réalisation de certaines valeurs créées par l'effort commun social. Nous avons rejeté le concept de la conscience sociale collective — substance et nous ne voulons pas entrer ici dans une discussion sur l'essence du « social » et de la valeur sociale. Nous n'examinerons pas si c'est l'imitation ou un autre procédé qui fait d'une valeur individuelle une valeur sociale. Nous constaterons une seule chose : l'esprit

humain est, au fond, et surtout dans un groupe social déterminé, identique chez tous les hommes, et il travaille sur des données identiques. De plus, il y a entre les hommes des contacts, une influence réciproque; ils se communiquent des jugements de valeurs et les défendent. Il est dès lors fort compréhensible qu'une valeur individuelle puisse être en même temps sociale, c'est-à-dire admise par tous, et même, dans un certain sens, créée par tous, chacun ayant contribué à cette création. De ce fait, fort clair, comme nous le disons, l'école du droit naturel a conclu que la valeur existe objectivement, pareille à l'*Idee* de Platon; l'école sociologique, qu'il existe une conscience collective, créatrice des valeurs; — nous croyons que, du point de vue strictement scientifique, ces deux conclusions sont également mal fondées et indéfendables.

Nous avons constaté que la connaissance de la valeur peut aussi bien se rapporter à notre expérience de la valeur qu'à celle d'autrui; nous pouvons donc constater l'existence de la valeur d'autrui, constatation qui est un fait pour nous, avons-nous vu, non pas une valeur. Une telle constatation ne peut nullement être une source d'obligation pour nous, car il faut pour cela notre propre jugement de valeur; il est donc impossible que l'obligation soit hétéronome. Mais il se peut qu'une telle constatation amène et provoque en nous un jugement de valeur, et surtout — comme c'est le cas pour la valeur sociale à la création de laquelle nous participons, dans un sens — si cette valeur est partiellement nôtre. La constatation que la société tout entière, ou en grande partie, admet une valeur comme sienne, va nous inciter à réfléchir plus sur nos propres valeurs; nous pouvons ainsi découvrir que cette valeur est vraiment une valeur aussi pour nous, — nous pouvons donc communier avec une valeur sociale, l'adopter. La valeur sociale est devenue notre propre valeur et, par suite, sa norme est devenue obligatoire pour nous. Une source d'*hétéronomie indirecte* est ainsi découverte.

84. — Mais voici qu'on peut découvrir une source d'*hétéronomie directe*, si l'on peut ainsi dire, car elle ne l'est pas complètement. La société peut non seulement faire en sorte que nous adoptions ces valeurs, elle peut aussi contribuer à la valeur de nos valeurs subjectives. En effet, une valeur que nous avons adoptée, mais sans la juger trop grande, que nous subordonnons donc souvent, lors de la réalisation, à d'autres valeurs, cette même va-

leur, nous pouvons la considérer comme plus grande, plus importante, par suite de la constatation qu'elle est une valeur sociale (admise par tous ou par une grande partie de la société). La valeur était donc obligatoire pour nous pour ainsi dire « avant » la société : elle n'est pas devenue obligatoire parce qu'elle est une telle valeur sociale, mais elle est devenue « plus grande », plus importante pour nous parce qu'elle est une telle valeur sociale ; elle va donc occuper une place plus haute dans cette échelle de valeurs que chacun constitue pour soi.

Mais la société peut aussi rendre obligatoires ses valeurs qui ne sont pas devenues nôtres, qui ne sont pas adoptées par nous, et c'est une chose très importante pour le droit, comme nous l'avons déjà signalé.

Mais — et ceci est la source la plus importante de l'hétéronomie des valeurs — la société n'est pas seulement un moyen de vérification de nos jugements de valeur, elle peut devenir pour nous une véritable créatrice de valeurs. Car la société en elle-même constitue pour nous une valeur. C'est évident, puisque nous réalisons cette valeur tous les jours, comme une propre valeur, nôtre, adoptée. Si ce n'était pas, nous aurions depuis longtemps déjà quitté la société, et nous nous serions établis dans une île déserte. Par conséquent, la société peut nous faire adopter *indirectement* d'autres valeurs. En effet, elle est pour nous une des valeurs suprêmes, sinon la suprême. Mais pour que la société existe, pour que la société-valeur se réalise, il faut accomplir beaucoup d'actions. Ces actions elles-mêmes sont commandées par les normes. La norme abstraite, générale, suprême est : réalise la société. De cette norme découlent les autres, plus concrètes, inférieures, qui réalisent aussi certaines fins inférieures, fins qui sont également des valeurs, mais qui ne sont, par rapport à la société, que des moyens de sa réalisation.

Pour prendre des exemples concrets, nous dirons : la société ne peut exister, ou se développer, que si l'ordre est réalisé, ou la Justice, etc. Pour que l'ordre soit réalisé, il faut, par exemple, marcher à droite. Ainsi, nous avons trois « étages » des valeurs et des normes : 1° société ; 2° ordre ; 3° marcher à droite... et l'on peut ainsi continuer. Si maintenant nous n'adoptons pas comme valeur : marcher à droite, si nous préférons marcher à gauche, la norme ordonnant de marcher à droite n'est pas obligatoire pour nous. Mais si nous adoptons comme valeur l'ordre ou la société,

et si la société, comme législatrice de valeurs, veut que nous marchions à droite, nous marcherons alors à droite, c'est-à-dire que nous adopterons *indirectement* une valeur parce que nous adoptons la valeur supérieure dont elle n'est que le moyen de réalisation.

Cette valeur adoptée indirectement sera une valeur *auto-hétéronome*, de même que la norme découlant d'elle. Les normes, sont, comme nous l'avons dit, encore plus souvent l'œuvre de la société ou d'autrui.

On voit donc dans quel sens uniquement on peut parler de la norme hétéronome et de l'obligation hétéronome : dans le sens que c'est une autonomie *indirecte*. Il n'y a pas, et il ne peut pas y avoir des normes hétéronomes (au sens propre du mot) car une telle norme ne participerait pas de la valeur, ne serait donc pas une norme (un ordre de réalisation de valeur), mais un pur fait (une simple constatation de l'existence de certaines valeurs et normes dans la société ou dans la conscience d'autrui). Il peut y avoir seulement, tout au plus, des normes auto-hétéronomes (adoptées indirectement). Cette constatation est très importante pour nous.

Mais la société, et surtout l'Etat, est aussi une autorité morale, comme nous le verrons à propos de l'adoption indirecte des normes juridiques.

Il ne faut pas confondre avec l'élément hétéronome que nous venons d'expliquer, l'adoption nécessaire des valeurs et des normes existant avant nous, et que nous adoptons par suite de l'éducation. Nier cette adoption, ce serait prétendre que chacun de nous crée personnellement et seul toute la culture qu'il possède. Mais une telle adoption nécessaire n'a rien d'hétéronome, car nous adoptons ses normes par suite de l'éducation, éducation qui consiste essentiellement dans la tâche de développer notre faculté de jugement de valeurs et parce que, en conséquence, c'est une adoption complète, non pas indirecte.

§ 5. — La force obligatoire de la norme juridique

85. — Les normes se distinguent par leur contenu selon les valeurs qu'elles réalisent. Toute notre activité consciente, nous l'avons dit, ne peut s'expliquer que par les normes, que nous nous

ordonnons pour réaliser des valeurs différentes. Il n'y a pas d'action, si minime soit-elle, que nous accomplissions sans les normes et les valeurs. Ces valeurs, donc, sont aussi multiples que les immenses activités humaines et les fins que l'homme réalise. Nous ne nous occuperons pas trop ici de la division des valeurs et nous n'indiquerons que ce qui est indispensable pour notre sujet. En effet, il est très facile de distinguer deux grands groupes de valeurs : valeurs techniques, valeurs qu'on peut appeler non-techniques, ou spirituelles. Les valeurs techniques sont le fondement des normes techniques (qui font nos sciences techniques, mieux, nos arts techniques ; construction des bâtiments, des routes, des machines, etc...). Les valeurs spirituelles, ou supérieures, sont le bien, la justice, l'ordre, la charité, etc. Ces valeurs spirituelles sont le fondement des systèmes de normes, comme la morale et le droit, qui nous intéressent plus spécialement ici. Entre ces deux groupes de valeurs, on peut placer l'utile, qui est à la base de l'économie. Les valeurs techniques et les valeurs économiques peuvent se résumer en une seule valeur : notre *intérêt matériel* ; les valeurs spirituelles se résument dans la *perfection*. Mais le droit contient aussi quelques éléments de l'intérêt matériel.

86. — Il faut examiner s'il y a quelque chose de spécial dans la force obligatoire de la norme juridique.

Une chose est certaine : le droit, en tant que *norme*, ne peut être obligatoire autrement que par notre adoption, directe ou indirecte, des valeurs qu'il réalise. Chaque norme juridique particulière réalise une valeur particulière, que nous pouvons adopter ou non. Ainsi, nous pouvons adopter, dans un système juridique, telle norme sans adopter telle autre, et d'autant plus sans adopter tout ce système. Mais aussi, nous l'avons vu, chaque norme réalise indirectement d'autres valeurs supérieures, plus larges, qui embrassent la valeur intérieure que la norme réalise indirectement. Pour que la norme nous oblige normativement, il suffit qu'elle soit adoptée indirectement. Dans le droit, il faut tenir compte de ce que, surtout dans le système juridique étatique moderne, la plupart des normes juridiques sont une institution, existant en dehors de nous et s'imposant à nous toutes faites. C'est donc avec des normes déjà faites que nous avons à compter dans le droit, et, par conséquent, il faut s'attendre à une adoption indirecte beaucoup plus fréquente que dans les autres systèmes normatifs. C'est parce

que le droit réalise un certain nombre de valeurs dont nous ne saurions pas nous passer : la société organisée juridiquement, l'ordre, la paix, l'Etat enfin (que réalise tout le droit étatique), — valeurs que nous adoptons *directement*, — que nous adoptons *indirectement* le système juridique tout entier, comprenant beaucoup de normes que nous n'aurions jamais adoptées directement.

Par conséquent, la caractéristique de la force obligatoire de la norme juridique est qu'elle provient très souvent d'une adoption indirecte; elle est donc *auto-hétéronome*. Examinons de plus près cet élément hétéronome important dans la force obligatoire de la norme juridique. L'Etat se réalise, pour une large part, dans le droit qu'il édicte. Dans l'état actuel de l'évolution, **sans le droit**, il n'y aurait presque pas d'Etat. Or, l'Etat se révèle comme étant de première importance pour chacun de nous. Ainsi, nous adoptons une norme juridique étatique, quoique nous ne soyons pas d'accord avec cette norme, parce qu'elle est édictée par l'Etat et parce que, si nous n'obéissons pas à la norme étatique, il n'y aurait pas d'Etat du tout. Nous voyons bien que la norme n'est pas bonne, qu'elle ne réalise pas une valeur qui serait adoptée directement par nous, mais toutefois nous obéissons.

La même chose se passe, quoique dans une moindre mesure, avec la société et le droit social, nom sous lequel nous comprenons ici tout le droit extra-étatique. La société se réalise dans le droit social, et nous pouvons adopter une norme du droit social, quoique nous n'adoptions pas sa valeur directe, parce qu'elle réalise le « social ». Duguit, qui a insisté beaucoup sur le fait de la solidarité sociale, n'a fait que prouver ce point que nous indiquons : la norme sociale peut être adoptée par l'homme, non pas en raison de sa propre valeur, mais en raison de ce que l'homme dépend de la société, dont il ne peut pas se passer, société qui représente donc une valeur pour lui. Mais Duguit n'a pas voulu dire expressément que cette solidarité est une valeur.

87. — Ainsi l'Etat, ou une organisation sociale quelconque, ou enfin la société inorganisée elle-même se constituent en autant d'autorités pour nous, édictant des normes, que nous pouvons admettre en raison de cette autorité même. Une telle autorité ne se constitue pas seulement en raison de sa grande valeur, c'est-à-dire parce qu'elle est indispensable pour nous, mais aussi parce que, dans la plupart des cas, elle a procédé à l'émission de nor-

mes que nous pouvions adopter directement (et cela provient, d'une part de la ressemblance des jugements de valeurs des membres d'une même société, et, d'autre part, de notre activité consciente et créatrice dans le sein même de la société lors de la création des valeurs). Ainsi, nous nous soumettons aux normes de l'autorité en sachant qu'elle a été toujours correcte dans son émission de normes.

Mais, si la norme édictée est très contraire à notre jugement de valeurs, si elle réalise une valeur que nous n'adoptons pas à ce point que nous préférons, au lieu de l'exécuter, sacrifier la valeur supérieure, l'autorité qu'elle réalise (l'Etat, la société), nous n'adopterons pas, même indirectement, cette norme et nous en refuserons l'exécution. Si l'autorité continue d'édicter dans la plupart des cas de telles normes, elle va cesser bientôt d'être autorité à nos yeux et nous allons la changer. C'est une occasion pour la révolution. Dans ce cas, nous adoptons aussi la valeur supérieure (Etat, société) et c'est en son nom que nous allons la renverser, car son état existant ne nous satisfait pas. Nous allons même admettre que, pendant un certain temps, ces valeurs s'anéantissent complètement en fait (période de transition, de troubles) pour que nous puissions les rendre meilleures ensuite.

On voit donc clairement que l'adoption indirecte a des limites nettement définies. Dès que l'autorité, qui exprime les valeurs supérieures, par lesquelles nous adoptons indirectement les normes, cesse de les représenter, nous la rejetons, et essayons de construire une autorité nouvelle. Cela nous montre clairement aussi que le droit qui ne serait pas adopté même indirectement, n'aurait aucune chance d'être réalisé, appliqué. La force seule peut remédier à cet état de choses. Ici se pose la question de sanction, de contrainte juridique, de force en général, et, avec elle, le problème d'un droit objectif.

88. — Le problème de sanction (de force) consiste en ceci : comment et dans quelle mesure la force, la sanction, peut-elle réussir à appliquer un droit qui n'est pas adopté même indirectement ? Le problème du droit objectif se pose ainsi : y a-t-il un droit objectif, et, dans l'affirmative, peut-il être appliqué par la force, et jusqu'à quel point ? — Nous laisserons la question du droit objectif pour la seconde partie de notre étude, et nous examinerons ici la question de sanction.

La sanction, en tant que fait *juridique*, est aussi une norme, donc, une valeur : norme ordonnant l'application de la sanction. Par conséquent, elle ne peut être appliquée que comme la norme, norme adoptée directement ou indirectement. Il arrive toujours un moment où la sanction fait défaut; alors, pour qu'une norme soit appliquée, il faut nécessairement qu'elle soit adoptée par le sujet qui doit l'appliquer. C'est la question éternelle : qui gardera les gardiens ? Les gardiens doivent donc adopter la norme de sanction, pour l'appliquer. Dès lors, un système juridique ne peut pas reposer sur la sanction; la sanction ne peut être le fondement du système juridique. La sanction, du point de vue de celui qui l'applique, du point de vue des gouvernants, n'est pas un fait, elle est une norme et ne s'applique qu'en raison de son adoption de la part des gouvernants. Du point de vue des gouvernés, cependant, de ceux auxquels la sanction doit être appliquée, elle est un pur *fait*, car il est très-rare que les gouvernés adoptent la sanction comme une valeur, comme un devoir être; elle est donc de la force, non pas de la norme. En tant que fait, elle ne peut être le fondement, la source de la force obligatoire *normative*, nous l'avons dit maintes fois, car cette force normative repose sur une valeur adoptée. Mais elle peut contribuer à l'*application matérielle* de la norme, comme tous les autres faits, en tant qu'elle s'impose à nous. Aussi, si nous obéissons à une norme non pas parce que nous l'adoptons, mais parce que la sanction nous menace, nous n'obéissons pas à la norme comme à une valeur, renforcée par la sanction, ni en raison du caractère normatif de la sanction, mais en raison d'une norme propre, autonome, réalisant notre propre valeur; nous obéissons à nous-mêmes, en nous ordonnant, par prudence, d'appliquer la norme, pour ne pas subir la sanction. Nous n'appliquons pas la norme comme une norme — nous la prenons seulement en considération comme un simple *fait* pour l'élaboration de notre propre valeur et de notre propre norme, comme par exemple lorsque nous nous ordonnons à nous-même d'éviter un incendie. Ce n'est pas l'incendie qui est une norme et comme tel un fondement de la force obligatoire de la norme qui nous prescrit d'éviter l'incendie, de nous enfuir par exemple, qui nous oblige à l'action. Ce fondement, c'est notre propre valeur à nous, dont découle la norme de nous enfuir.

Mais il y a ici aussi un jugement de comparaison : il existe des situations où nous jugeons qu'il est préférable pour nous de courir le risque d'une sanction que d'exécuter une norme. Alors, la force se trouve menacée par la force que nous sommes résolus à y opposer et, au lieu de la norme, la force va décider. Et le danger est que la force peut donner raison à qui n'en a pas; — et c'est de nouveau le droit objectif qui se dresse devant nous.

89. — Ainsi, nous arrivons à la conclusion qu'il peut y avoir un droit-*fait* et un droit-*norme*, le premier s'identifiant avec la force, le second avec la valeur, le second étant obligatoire, le premier non.

La seconde conclusion se rapporte au système juridique lui-même. Nous avons constaté l'existence des valeurs subjectives, non point des valeurs objectives (nous verrons dans la deuxième partie s'il est permis de parler des valeurs objectives et dans quel sens). Le jugement de valeur est valable *pour* un sujet donné, non *par soi*. L'expérience nous montre que les valeurs diffèrent suivant les individus et les sociétés. Même un sociologue qui voulait instituer une *objectivité* sociologique, Durkheim, reconnaît comme nous l'avons dit que chacun de nous se fait, dans un sens, *sa* morale, *sa* religion, *son* droit.

Donc, les jugements de valeur peuvent se rapporter aux différents systèmes normatifs : religion, morale, droit. De ces jugements découlent des normes religieuses, morales, juridiques. Ici, une question.

Le droit est une institution, un fait social. Le droit s'identifie le plus souvent avec le droit positif, et avec le droit étatique. Il semble dès lors impossible de parler d'une norme *juridique* individuelle, créée par nous. Nous ne voyons là aucun inconvénient. En effet, nous avons vu qu'il existe un droit-*fait* et un droit-*norme*. En tant que fait, le droit est une institution, existant indépendamment de moi. Mais en tant que norme, le droit est *mon* propre droit, adopté par moi, existant dans ma conscience. Le droit-institution peut devenir entièrement mien, entièrement le droit-norme (de mon point de vue). En tant qu'il est adopté par moi, il est une norme, obligatoire *normativement* et effectivement. La sanction peut seulement contribuer à cette force obligatoire (en

tant que la « valeur inverse » devient moins puissante, puisque la sanction augmente la valeur commandée par la norme juridique déjà adoptée), mais elle ne peut pas la créer.

Mais ce qui est important, c'est qu'il est impossible qu'il existe un droit positif, donc obligatoire, qui serait entièrement un droit-fait, c'est-à-dire qui ne serait adopté par personne, qui pour personne ne serait un droit-norme. C'est impossible, parce qu'il ne pourrait pas s'appliquer en fait, personne ne voulant l'appliquer volontairement (parce que ne l'adoptant pas), ni l'appliquer par la sanction (pour la même raison).

Par conséquent, en dehors des divers systèmes juridiques-*fait* existant objectivement, comme insitution, que nous appellerons : *systèmes juridiques positifs* (étatique, ecclésiastique, etc.), il y a des systèmes juridiques-*norme*, existant subjectivement dans chacun de nous, et ceux-là ont comme fondement ceux-ci et ne peuvent exister sans ceux-ci ; avant d'être un fait, le droit est une norme ; et même il n'existe comme fait qu'en tant qu'il existe comme norme (c'est-à-dire comme adopté dans une conscience). Nous appellerons ces systèmes juridiques-*norme* : *systèmes juridiques particuliers* (323). Ainsi, nous concluons qu'il y a un système juridique particulier à chacun de nous, en tant qu'il y a des jugements de valeurs propres à chacun, jugements se rapportant au droit. Ces systèmes juridiques particuliers peuvent être identiques dans une grande partie entre les membres d'une même société, et ils constituent alors le système juridique particulier pour cette société donnée, et, dans une petite, entre les membres de cette grande société qui s'appelle l'humanité, et ils constituent alors le système juridique particulier de l'humanité.

Done, encore une fois : le système juridique *positif* correspond à l'idée du système juridique-*fait*, système *hétéronome*, c'est-à-dire qui s'applique en fait, sans considérer s'il est adopté et dans

(323) Le système juridique particulier n'est, en effet, que le droit *idéal* (comme on l'appelle habituellement) — le droit existant comme la représentation que s'en fait un sujet donné, qui le considère comme *devant* devenir droit positif ; — mais nous n'avons pas voulu employer cette expression (droit idéal) parce qu'elle est prise souvent dans le sens de droit *idéal objectif* (le meilleur possible rationnellement, objectivement, non subjectivement, du point de vue d'un sujet donné) ; or, ce que nous appelons : le système juridique particulier est un idéal subjectif (pour l'auteur de ce système seul), non objectif.

quelle mesure; le système juridique *particulier* correspond à l'idée du système juridique-*norme*, système *autonome*, c'est-à-dire adopté, soit directement, soit indirectement, par le sujet, l'auteur de ce système.

Le droit n'est une norme obligatoire normativement qu'en tant qu'il fait partie du système juridique particulier.

90. — Ces deux sortes de systèmes juridiques sont cependant liées étroitement. Il faut, pour expliquer cette liaison, reprendre de nouveau le problème de la sanction. En effet, les systèmes juridiques positifs sont caractérisés par la sanction (tenant compte des réserves faites en ce qui concerne l'impossibilité que la sanction soit le *fondement* du droit), par son application effective et nécessaire, en tant que le système n'est pas entièrement un système particulier (et il ne l'est jamais, étant donné que les systèmes juridiques particuliers sont très différents), et les systèmes juridiques particuliers par l'inutilité principielle de l'emploi de la sanction. Or — et ici se trouve cette liaison — l'auteur de chaque système juridique particulier (individu, société, humanité) considère son système comme le meilleur possible et comme valable universellement (comme un droit *objectif*, donc), et il considère aussi que son système doit devenir un système juridique *positif*, c'est-à-dire doit être obligatoire pour tous et, au besoin, *appliqué par la sanction*. Chacun ainsi tend à faire de son système juridique particulier un système juridique positif, et là est l'origine de cette lutte des idées, des idéaux, des croyances tendant à s'intégrer dans le droit positif, dont a parlé, dans des termes si captivants, M. le Doyen Ripert.

Cela nous amène à présenter enfin la distinction entre le droit et la morale, telle que nous la concevons. Cette différence repose en ceci : quant aux systèmes juridiques positifs, ils sont sanctionnés par la contrainte organisée, tandis que les systèmes moraux ne le sont pas; — quant aux systèmes juridiques particuliers, qui ne sont pas sanctionnés par cette contrainte, de même que la morale, ils diffèrent de la morale néanmoins en ce que l'auteur d'un tel système considère que son système *doit être sanctionné* par la contrainte. Evidemment, il y a des raisons qui l'amènent à penser ainsi. Dans ces raisons se trouve la différence véritable, essentielle, entre la morale et le droit (nous ne pouvons traiter ici ces raisons; on cite couramment comme telle la *nécessité sociale* du droit).

Du point de vue de la force obligatoire *normative*, il n'y a donc pas de différence entre le droit et la morale, cette force provenant toujours de la même source : la valeur adoptée par un sujet. De ce point de vue, une seule différence peut être relevée :

Les éléments hétéronomes jouent un plus grand rôle dans le droit que dans la morale : c'est-à-dire que la norme juridique peut être *auto-hétéronome* (c'est-à-dire non créée par moi, et adoptée *indirectement* par moi), tandis que la norme morale ne peut être que *purement autonome* (créée ou non par moi, elle doit être adoptée *directement* par moi). Ce n'est pas la différence connue de la norme hétéronome et autonome, parce que nous considérons qu'une norme purement hétéronome, fût-elle la norme juridique, n'est pas obligatoire *normativement*, efficacement. Une norme purement hétéronome reste un pur fait qui ne peut fonder une force obligatoire normative, et la norme morale, en tant qu'elle n'est pas adoptée, est, de ce point de vue, un fait non moins que le droit qui n'est pas adopté. La différence, donc, existe en tant que, pour qu'une norme soit, par rapport à un sujet donné, une norme morale, il faut qu'il l'adopte directement en raison de sa propre valeur.

De cette différence que nous venons d'annoncer, il résulte que l'autorité sociale joue un plus grand rôle dans le droit que dans la morale, où nous sommes plus souvent nos propres législateurs. Nous ne nions donc pas que des normes morales aussi peuvent être édictées par la société (c'est même un cas pratiquement fréquent), mais que nous sommes moins inclinés à les adopter indirectement. On voit dès lors qu'entre la morale et le droit, il n'y a pas de limites bien fixes, comme l'a, avec raison, tant de fois souligné M. Le Fur.

Il ne faut pourtant pas oublier que la morale, aussi bien que le droit, en tant que pur fait, comporte aussi des sanctions (réprobations morales) qui peuvent agir comme les sanctions juridiques, et nous inciter à exécuter la norme sanctionnée, quoique nous ne l'adoptions point. On voit donc encore ici que, par rapport à l'effet des sanctions, il n'y a pas de différences entre le droit et la morale, sauf que les sanctions juridiques sont plus fortes, généralement.

§ 6. — *Conclusions de la Première Partie*

91. — En examinant la force obligatoire de la norme juridique, nous sommes arrivés à cette conclusion : le droit possède trois sortes de force obligatoire ;

1° une force obligatoire *normativiste*, consistant en ce qu'une conscience humaine (conscience de l'auteur du système juridique particulier) juge qu'un système juridique *doit* être appliqué universellement (soit dans une société donnée, soit dans l'humanité tout entière). Cette force n'a pas d'importance pratique, car elle ne peut provoquer l'application de ce droit par un sujet qui ne l'adopte pas — son importance pratique ne consiste qu'en ce que l'auteur de ce système se croit autorisé à appliquer ce droit par la sanction, puisqu'il croit que ce droit est un droit objectif. Ceux qui croient au droit naturel, considèrent qu'il a cette force obligatoire *normativiste* au plus haut degré ;

2° une force obligatoire *normative*, en tant que le droit fait partie d'un système juridique particulier, en tant qu'il est une *norme*, c'est-à-dire réalisant une valeur adoptée par nous, soit directement, soit indirectement. En tant que tel, le droit nous lie *normativement*, il possède une force obligatoire *normative*, une force provenant de la valeur, de l'idéal, toute différente de l'influence qu'exercent sur nous les faits. Cette force est *effective, réelle*, car elle nous pousse réellement à la réalisation du droit. Pourtant, cette force provient de notre adoption de la valeur, de notre communion avec elle ; si cette adoption n'existe pas, le droit, la valeur non adoptée ne nous lie pas, quoique, peut-être, il devrait le faire, suivant sa force obligatoire *normativiste*. L'élément *normatif* du droit consiste tout entier dans cette force obligatoire *normative*.

3° une force obligatoire que nous appelons *juridique*, en tant que le droit fait partie d'un système juridique *positif*, en tant qu'il existe comme un *fait*, c'est-à-dire en dehors d'une conscience donnée, soit comme institution, soit comme le fait des consciences individuelles, dont il réalise les valeurs. Cette force se distingue par l'emploi de la sanction — contrainte organisée. Elle peut coïncider — par rapport à un individu donné — avec la force obligatoire *normative* ; — et alors cet individu va, dans la plupart des cas, l'appliquer sans la sanction, mais, évidemment, il est presque im-

possible qu'il coïncide complètement (cette coïncidence complète peut être imaginée, pourtant : si un individu réussissait à faire de son système juridique particulier un système juridique positif, la coïncidence, pour cet individu, serait complète). Quant à l'individu pour lequel ces forces ne coïncident pas, et en tant qu'elles ne coïncident pas, cet individu constate que le droit, système de valeurs et de normes, existe non pour lui, mais pour les autres, pour lesquels ces deux forces coïncident. Pour lui, ce droit est un fait, pour les autres, une valeur. N'étant pas une valeur pour cet individu, il ne peut pas l'obliger normativement, quoiqu'il devrait le faire (quoique, par exemple, l'autorité sociale l'ait édictée en vue de l'obliger), parce que c'est pour cet individu un fait, comme tous les autres faits, soumis au jugement de réalité et révélé par ce jugement à sa conscience. Mais ce fait peut, nous l'avons dit, aussi bien que tous les autres, influencer son action, en lui servant de matériel pour l'élaboration de ses propres jugements de valeurs et des normes. L'individu élabore alors des normes autonomes, lui ordonnant d'appliquer ce droit-fait pour échapper aux sanctions.

DEUXIEME PARTIE

Le problème du droit objectif

INTRODUCTION

92. — Nous avons terminé notre première partie en constatant que le droit, auquel nous devons obéir, ne se montre pas seulement comme une norme, mais aussi comme un fait. Ce droit-fait n'a pas cette force obligatoire *normative*, provenant de la valeur adoptée, c'est-à-dire que nous n'entendons pas nous y soumettre librement, par notre propre volonté, en communiant avec les valeurs qu'il réalise.

Le droit-fait (droit positif, en tant que fait) ne peut s'appliquer qu'en exerçant une pression sur notre volonté, pour nous décider à élaborer nos propres normes qui, elles, nous ordonneront de l'appliquer. Il emploie pour cela la sanction, la contrainte. Cette sanction est un fait si important, que d'aucuns l'ont même pris pour la caractéristique essentielle du droit : le droit ne serait que ce qui est sanctionné. Nous avons déjà donné notre opinion : le droit ne peut pas reposer sur la sanction seule, le système juridique qui n'aurait pas une autre base que la sanction, plus solide, ne pourrait pas fonctionner (324). Cette autre base, c'est la force obligatoire *normative*, c'est la *valeur* adoptée.

(324) Comp. Dabin : *op. cit.*, pp. 91-92.

Plus le groupe social qui adopte le droit est large, plus l'application du droit est facile, et l'emploi de la sanction, de la force plus rare. Si l'immense majorité des citoyens est contraire à un système juridique, il n'a guère de chances de durer beaucoup; c'est un fait d'expérience courante. En temps normal, nous l'avons dit, l'adoption, au moins *indirecte*, a toujours lieu.

Il faut voir maintenant de plus près quelle doit être cette adoption sur laquelle repose tout le système juridique. Tout d'abord, elle peut être directe ou indirecte. Par rapport aux gouvernés, l'adoption directe ou indirecte facilite l'application du droit, et, en somme, n'a pas une grande importance, si les gouvernants adoptent le droit et s'ils sont bien organisés. Par rapport aux gouvernants, pourtant, le droit peut aussi bien être adopté directement ou indirectement. *Directement*, lorsque le droit est l'œuvre des gouvernants, et lorsque ceux-ci le considèrent comme bon. *Indirectement* : dans le cas où le droit est l'œuvre de la masse, des gouvernés (qui, pour autant deviennent des gouvernants, mais ne sont pas des gouvernants *stricto sensu*, car ils ne disposent pas des sanctions organisées par le droit), et les gouvernants l'adoptent parce qu'ils ne peuvent pas faire triompher leur propre système juridique; — aussi dans le cas où le droit est l'œuvre des gouvernants, mais ne correspond plus à leur conception des valeurs supérieures : c'est-à-dire, le droit est une valeur *inférieure* qui prime en efficacité la valeur *supérieure*. Mais il est possible aussi que soit les gouvernants, soit les gouvernés, n'adoptent pas du tout un droit, que le droit soit un pur fait, mais qu'ils l'appliquent, étant contraints respectivement les uns par les autres.

Il est possible, par conséquent, que la masse seule adopte le droit et contraigne les gouvernants à l'appliquer à l'aide de l'organisation étatique (la masse devient pour autant un gouvernant). Il se peut donc que l'adoption soit aussi bien de la part de la masse que des gouvernants, mais il est nécessaire qu'elle ait lieu. Peut-être est-il possible encore qu'il n'y ait pas d'adoption véritable, mais que les gouvernants appliquent le droit parce qu'ils se trompent en croyant que la masse l'adopte, alors qu'il n'en est rien en réalité, et inversement. Mais ce cas est certainement très rare et n'a guère chance de durer longtemps.

93. — Pour que le droit-fait soit appliqué, il faut employer des sanctions. Le groupe social qui adopte le droit-fait (pour lequel ce droit représente, donc, une *norme*) l'appliquera par la sanction aux groupes qui ne l'adoptent pas. La sanction est nécessaire, car le sujet qui n'adopte pas le droit n'ordonnera à lui-même par une propre norme obligatoire l'application de ce droit-fait que s'il va ainsi réaliser certaines valeurs, c'est-à-dire s'il va ainsi sauvegarder certaines de ses propres valeurs menacées d'être détruites par l'application de la sanction. Il est donc évident maintenant que la sanction joue un rôle immense dans l'application du droit. *Sans elle, le droit-fait ne serait jamais appliqué.*

Les sanctions peuvent être de diverses sortes : plus la sanction est grave, plus la valeur qu'on réalise en évitant la sanction est grande, et plus l'application du droit-fait est certaine.

Le droit-fait est une espèce de droit qui se trouve fréquemment et dont l'origine est si profonde qu'on ne peut pas espérer qu'il disparaisse. En effet, les hommes ont souvent des valeurs très différentes, et, par suite, différents systèmes juridiques particuliers, et la société, au contraire, a besoin d'un système juridique cohérent et ordonné. Les systèmes juridiques particuliers ne peuvent jamais s'accorder complètement pour organiser ce système cohérent, sans lequel il n'y aurait pas de société mais de l'anarchie. Les hommes, en admettant la société comme la valeur primordiale (ce que Durkheim et Duguit appelaient solidarité), adoptent beaucoup de normes juridiques réalisant cette valeur, ce que nous avons appelé l'adoption *indirecte*. Mais il reste encore trop de normes juridiques qui ne sont pas adoptées même de cette façon indirecte, et c'est bien une expérience de tous les jours. Et le besoin d'un système juridique cohérent et complet n'en subsiste pas moins. Ces normes restent donc de purs faits, et ne peuvent être appliquées autrement que par la force, ou, en général, par la sanction.

Pourtant, l'emploi de sanctions est-il bien justifié ? C'est dans cette question que se trouve tout le problème du droit objectif. Nous avons vu qu'un tel emploi est *nécessaire* parce que la société en a besoin, et que hors de la société, les hommes ne peuvent pas vivre. Donc, quiconque adopte la société comme valeur, adopte en même temps l'emploi de sanctions; donc l'emploi de sanctions est une norme pour lui. L'école du droit naturel, la plus normative, celle qui possède le plus d'idéalisme de toutes les écoles juridiques,

admet aussi cet emploi comme justifié, comme réalisant une valeur; pour ne pas parler des écoles sociologiques qui font souvent, nous l'avons vu, de ce besoin social le fondement du droit et de sa force obligatoire.

L'emploi de sanctions est, donc, une valeur aussi, une valeur adoptée pratiquement par tous. Mais si chacun adopte l'emploi de sanctions *in abstracto*, en principe, il ne l'adopte pas *in concreto*, lorsqu'il s'agit de lui-même. En effet, nous avons constaté l'existence de *systèmes juridiques particuliers* chez chaque individu, et d'autant plus chez chaque groupe social. Ce système particulier est constitué par les normes adoptées directement ou indirectement, et il ne comporte pas de sanctions, par conséquent. Mais il y a un cas où il peut admettre la sanction appliquée du dehors : c'est le cas où une valeur inférieure prime en efficience une valeur supérieure. Le sujet sent alors le remords et il approuve la sanction appliquée par autrui (c'est le cas où l'assassin exige lui-même l'application de la peine). Mais dans tous les autres cas, le sujet n'adopte pas la sanction comme une norme, ne considère pas qu'elle *doit* lui être appliquée. La raison en est fort simple : il a son système juridique particulier qui est, pour lui, le système le meilleur possible, réalisant toutes les valeurs, donc qui est pour lui un droit objectif. Le sujet croit que ce système qui lui est propre doit être érigé en système social, en système juridique *positif*, applicable dans toute la société, même par la sanction, conformément à la conception générale sur l'emploi justifié de sanctions. Chaque membre de la société ayant pourtant un système particulier, pour lequel il cherche l'application par sanctions à toute la société, — l'anarchie est complète. Quel système sera proclamé système social, à quel système donnera-t-on le privilège d'être appliqué par la sanction, étant donné qu'il est nécessaire et justifié, et admis par tous, qu'un système et un seul, le doit être ? — Les systèmes, donc, doivent être classés selon leur valeur eux aussi, et celui seulement qui est le meilleur possible doit être appliqué par la sanction.

Ce système le meilleur possible, c'est ce que nous appelons *droit objectif*.

On voit aussi pourquoi nous avons posé comme condition essentielle de trouver un droit objectif efficient. Car un droit objectif qui ne serait pas efficient, ne serait jamais appliqué. Ce droit objectif doit donc être un droit existant dans la conscience, et existant comme une norme, c'est-à-dire réalisant des valeurs adoptées.

Cette deuxième partie sera divisée en trois chapitres :

dans le *premier chapitre*, nous examinerons les théories *negatives*, c'est-à-dire ces théories qui n'admettent pas l'existence d'un droit objectif;

dans le *chapitre II*, nous exposerons les théories *positives*, admettant un droit objectif;

le *chapitre III* sera consacré à *notre essai de solution* de ce problème.

CHAPITRE PREMIER

LES THEORIES NEGATIVES

94. — Les théories qui nient le droit objectif sont très nombreuses et partent de points de vue quelquefois foncièrement différents. Leur trait commun est, pourtant, la négation du droit objectif, soit d'un droit objectif *naturel* (existant indépendamment de l'homme), soit d'un droit objectif *social* (créé par l'homme et évoluant avec la société).

Nous les diviserons en deux groupes : dans le § 1), nous exposerons les théories qui admettent un *monisme* juridique (le droit étant conçu comme le droit étatique, généralement), donc l'existence d'un seul système juridique, et qui, par conséquent, rejettent hors de la sphère juridique l'idéal éventuel auquel le droit doit tendre ; — dans le § 2), nous exposerons la théorie pluraliste de M. Gurvitch.

§ 1. — *Les théories monistes positivistes*

L'essence commune des théories différentes qui peuvent être comprises sous le nom que nous leur donnons est qu'elles considèrent qu'il n'y a pas de droit hors du droit positif (ce droit étant généralement considéré comme le droit étatique). Elles combattent la notion du droit objectif, surtout du droit naturel (325).

(325) De même que l'école du droit naturel représente Duguit comme l'adepte du droit naturel, ces théories le considèrent aussi comme tel (v. par exemple Waline : *Les idées maîtresses de deux grands publicistes français, Léon Duguit et Maurice Hauriou*; « L'année politique française et étrangère, 1928, pp. 385-409, pp. 388-400) par conséquent, pour ces théories, le droit objectif est identifié avec le droit naturel, puisque le droit objectif à base sociologique est aussi un droit naturel. Notre pensée est, pourtant, différente, comme on le verra dans le chapitre II.

La plupart de ces théories ne nient pourtant pas le besoin que le droit ait un modèle, un idéal qu'il doit réaliser, et souvent elles proposent comme devant être cet idéal la morale chrétienne catholique. Par conséquent, nous nous occuperons aussi de cet idéal, car c'est lui qui joue le rôle du droit objectif.

Nous exposerons, donc, ces théories d'une manière synthétique, en ne nous appuyant pas sur l'une ou l'autre théorie, mais en cherchant ce qu'elles ont de commun. Nous exposerons les arguments qu'elles invoquent contre le droit objectif, et les solutions qu'elles proposent pour combler la lacune laissée par la négation de ce droit (326).

Parmi ces théories nous citons : l'école de l'exégèse en France, qui s'est développée après la codification napoléonienne, laquelle a considéré la loi seule comme source du droit et, dans la loi, la volonté du législateur comme primordiale, qui a abusé de la logique, etc.; l'école allemande de Laband et de Jellinek, que nous appelons l'école classique allemande, et qui se caractérise aussi par sa conception du droit comme produit de la volonté de l'Etat, exprimé dans le droit étatique, formel; l'école de Kelsen, qui identifie complètement l'Etat et le droit, en professant qu'il n'y a pas de droit sans l'Etat et inversement, puisque l'Etat n'est qu'une personification du droit; les positivistes issus de l'école sociologique de Duguit et qui n'admettent pas, comme leur maître, un droit objectif à base sociologique, comme Jèze et R. Capitant et, semblables à eux, les « positivistes purs », comme Waline, mais qui se rapprochent, peut-être, plutôt de l'école étatiste allemande, que du positivisme socio-

(326) Nous nous servirons pour cet exposé surtout des ouvrages suivants : Jellinek : *op. cit.*; Bonnetcase : *L'école de l'exégèse*, et *Science du Droit et Romantisme* ; Gény : *Science et technique*, t. II et IV, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (surtout pour la critique de l'école de l'exégèse, et pour les nouvelles conceptions juridiques, décrites dans l'épilogue de la deuxième édition), et *La laïcité du droit naturel* ; Ripert : *Droit naturel et positivisme juridique*, *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux* (« Recueil », 1933, pp. 569-660) et *La règle morale dans les obligations civiles* ; Cuhe : *op. cit.*, *Conférences de philosophie du droit et A propos du positivisme juridique de Carré de Malberg* (dans les *Mélanges Carrés de Malberg*) ; Dabin : *op. cit.*; Waline : *Manuel du droit administratif* (préface) et *Positivisme philosophique, juridique et sociologique* (« Mélanges Carré de Malberg », pp. 519-534) ; Le Fur : *Les grands problèmes* ; R. Capitant : *op. cit.*

logique (327). Un groupe à part forment ici les *catholiques* (Ripert, Cuhe, Carré de Malberg, Dabin) qui proposent la morale catholique comme idéal juridique (328).

Tous ces positivistes méritent, de notre point de vue, une même remarque : la réalité sociale et juridique est beaucoup plus complexe qu'ils ne le pensent; dans cette réalité, il n'y a pas seulement un droit positif, un système juridique cohérent, comme ils le croient, mais des systèmes différents, opposés, comme nous l'avons déjà signalé.

Il est injustifié, croyons-nous, de proclamer, parmi tant de systèmes juridiques, un seul système comme juridique, et de nier ce caractère à tous les autres. En proclamant un seul système pour juridique, les positivistes entendent évidemment que ce système peut être appliqué par la sanction, par la force (même l'élément de la sanction entre, comme l'élément essentiel, dans la définition du droit), c'est-à-dire qu'ils proclament, en fait, ce système pour un droit objectif, dans le sens que nous avons indiqué (comme le droit le meilleur possible, méritant d'être appliqué par la sanction, comme droit-fait). Car, évidemment, s'ils ne veulent pas identifier le droit avec la force (il ne faut pas oublier qu'il y a aussi des positivistes, surtout des partisans du matérialisme historique, marxistes (329), qui le font), ils sont obligés d'attribuer le caractère idéal, le caractère d'un droit bon, d'un droit le meilleur possible (donc précisément du droit objectif dans le sens dans lequel nous em-

(327) Cette différence entre le positivisme juridique (admis par l'école allemande et par Kelsen) et le positivisme sociologique (de Jèze et de R. Capitant) est particulièrement bien mise en lumière par Waline (*Positivisme philosophique, juridique et sociologique*).

(328) Dabin se distingue dans ce groupe, parce qu'il admet l'existence d'un droit naturel *moral* (contenant les premiers principes de la morale applicables au droit : v. *op. cit.*, pp. 4, 6, 7, 11, 400-402), non *juridique*, mais il n'y a pas entre lui et les autres auteurs de ce groupe de différences essentielles (la différence est plutôt une différence dans les appellations).

(329) Il ne faut pas perdre de vue, pourtant, que les matérialistes eux-mêmes considèrent le droit comme dépourvu de tout idéal et identique à la force seulement dans l'état actuel de la société, ce qui ne sera pas dans l'état futur, après la révolution, quand le droit aura aussi un caractère idéal, réalisant une société idéale, basée sur la Justice. — Les matérialistes, eux aussi, donc, sont presque de purs idéalistes. Il reste, évidemment, à examiner si ce droit idéal, objectif, ainsi qualifié par les matérialistes, l'est vraiment. C'est un problème auquel nous ne pouvons nous consacrer ici.

ployons ce terme) à leur système juridique, à leur droit positif, s'appliquant par la force, — donc, d'identifier le droit positif avec le droit objectif.

95. — Et pourtant, les positivistes viennent en contradiction avec eux-mêmes; c'est-à-dire qu'ils distinguent, eux aussi, un droit objectif différent du droit positif. Cela peut être paradoxal, mais cela est parfaitement vrai. En effet, les positivistes peuvent être, logiquement, divisés en deux groupes :

1° ceux qui ne se permettent pas de critiquer le droit positif; ce sont les positivistes les plus purs, car ils considèrent qu'il n'est pas permis d'avoir des opinions personnelles sur le droit, édicté par la loi; que le juriste n'a qu'à appliquer le droit, non pas à le critiquer. Le représentant typique de ce groupe est, nous le pensons, l'école de l'exégèse, qui concevait les juristes comme les serviteurs de la loi, non pas comme ses censeurs. Mais justement dans cette école saute aux yeux l'identification du droit positif avec le droit objectif, car elle considère la loi comme une œuvre parfaite, comme la « raison écrite », presque de caractère divin; le droit positif est totalement idéalisé, identifié avec l'idéal même. L'école avait tort évidemment, elle croyait trop à la raison, et, surtout, elle était statique; mais elle pensait sincèrement que la vérité éternelle était dite dans le droit par le Code, qu'il n'y a plus à chercher un droit objectif, ce droit étant incorporé dans le droit positif. Ainsi, toute critique devient sacrilège, et ne peut aboutir qu'à la destruction et à la perversion d'un droit parfait (330). Le besoin d'un droit objectif, d'un contrôle sur le droit positif (331) est si fort, que même chez ces positivistes qui, précisément, ne se permettent aucun contrôle, il joue en subconscience : c'est parce qu'ils ont préalablement effectué un contrôle, et constaté que le droit positif est un droit idéal, qu'ils se défendent de contrôler et de critiquer le droit positif ! — Quelle bizarrerie en face de cette école de l'exégèse, con-

(330) Mais l'école était en contradiction avec elle-même en tant qu'elle considérait que le législateur est compétent pour changer la loi, donc, en fait, que les citoyens simples, en tant que législateurs, pouvaient critiquer et changer la loi, — et les juristes, qui sont pourtant les spécialistes pour le droit, ne le pouvaient pas. Ainsi, par rapport au législateur, et même par rapport aux citoyens, le droit positif n'était pas du droit objectif, idéal, parfait, mais il l'était seulement par rapport aux juristes.

(331) Besoin si clairement exprimé par M. Aillet (*De la signification méthodologique de droit naturel*, dans « Archives... », n° 3-4, 1933, surtout pp. 44-45).

siderée pour le comble de la positivité, présente maintenant l'école de Kelsen, l'école considérant que le droit n'est qu'une pure formalité, sans aucun rapport avec le contenu de la norme juridique; si bien que relèverait du droit l'injustice la plus évidente si elle était revêtue de la forme légale, — et que cette injustice ne pourrait pas être critiquée du point de vue juridique, le droit n'ayant aucun rapport avec son propre contenu. Mais nous avons ainsi, insensiblement, glissé au deuxième groupe de positivistes :

2° les positivistes qui admettent la possibilité pour les juristes de critiquer le droit positif. Le droit positif peut donc être critiqué par les juristes, qui peuvent ainsi exprimer, éventuellement, les courants d'opinions collectifs. Dès que le droit positif est critiqué, cela signifie qu'il n'est pas un droit parfait, qu'il doit être modifié dans le sens de la critique : le droit positif n'est pas un droit objectif, et la contradiction apparaît très nettement chez ces positivistes. Ils se contredisent car en réalité, en critiquant le droit positif, ils distinguent un droit différent du droit positif, droit donc qui ne peut être que le droit objectif, quoiqu'ils se défendent de cette assertion. En partant, donc, d'un monisme : l'existence d'un seul droit : droit positif, ils aboutissent à un dualisme, dualisme nécessaire : le droit objectif en face d'un droit positif. Pourtant, seul le droit positif est, pour eux, un véritable droit (*droit juridique*, comme le dirait M. Dabin). Par conséquent, ce qu'ils considèrent comme devant servir d'idéal juridique n'est pas du droit. Le droit positif qui serait contraire à ce que nous appelons ici le droit objectif (des positivistes), serait un droit identique à la force, dépourvu de tout élément idéal. L'élément idéal est détaché du droit et rejeté dans les autres disciplines : la politique, la morale, etc. Il existe, donc, un idéal pour le droit, mais il ne fait pas partie du phénomène juridique. Cela n'empêche pas que ces positivistes, en fait, reconnaissent un droit objectif, en lui donnant, il est vrai, un autre nom (Dabin, au moins pour une partie, lui donne même le nom *droit*, en l'appelant le droit naturel moral).

96. — L'idéal juridique ne peut pas être du droit, disent les positivistes monistes. Cet idéal n'est pas un phénomène juridique. A l'appui de cette thèse, les positivistes invoquent plusieurs arguments. Examinons les trois principaux de ces arguments. Ils portent principalement contre le droit naturel, mais, indirectement, aussi contre un droit objectif quel qu'il soit. Voici ces arguments :

a) Le prétendu droit naturel *n'est pas* en effet un droit. Le droit, par définition (qu'en donnent les positivistes), est une règle sanctionnée, soit par le législateur, soit par le juge, donc, le droit ne peut être que positif (332). Le droit naturel est ou sanctionné, et alors il fait partie intégrante du droit positif et ne peut servir à juger ce dernier, ou il n'est pas sanctionné, et alors il n'est pas du droit, mais de la morale, tout au plus. Ainsi l'on institue le monisme positiviste : pas de droit hors du droit positif. Il s'agit donc ici, non seulement de la contestation du caractère juridique du droit naturel, mais aussi de la contestation de ce caractère à tout droit qui n'est pas sanctionné par le juge, ou par le législateur.

Nous croyons qu'on peut invoquer contre cette conception tout l'effort de Duguit afin de constater l'existence d'un droit social en dehors, et souvent contre, le législateur et le juge; l'effort de « droit libre » en Allemagne, avec Kantorovitz et Ehrlich, enfin celui de M. Gurvitch.

Mais en laissant toutes ces doctrines de côté, nous reprendrons l'argument que nous avons déjà invoqué une fois : le droit et la morale ne se distinguent pas par la sanction, et ne peuvent pas se distinguer ainsi. Le droit est aussi bien que la morale une norme, et pas seulement un pur fait, c'est-à-dire qu'il est aussi autonome que la morale. Le droit, sous forme d'institution, peut, en effet, être de pur fait, mais la morale elle aussi peut être une institution-fait, si elle n'est pas adoptée par nous et existe en société. La différence semble revenir précisément à ce que le droit-fait peut être appliqué (par la sanction), tandis que la morale ne le peut pas (ou si elle est appliquée ainsi, ce n'est plus une morale, mais un droit). Et pourtant, ce n'est pas exact.

(332) Pour la définition du droit selon les positivistes, v. surtout Waline : *op. cit.* ; Dabin : *op. cit.*, p. 11 : « Le droit juridique est positif ou il n'est pas », pp. 34-35 : « Le droit positif est l'ensemble des règles de conduite édictées d'avance par l'autorité publique, sous la sanction d'une contrainte extérieure prévue et organisée par l'autorité elle-même », p. 56 (où il dit que la contrainte est de l'essence du droit) ; Ripert : *Droit naturel et positivisme juridique* : pp. 4-5, 32, 38-40 ; *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux*, p. 577 : « Ceux qui professent la théorie dite du positivisme juridique n'admettent pas que des principes de morale ou des règles de raison puissent être qualifiés de règles juridiques, ce droit ne serait-il qu'un droit naturel » ; *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e édition, pp. 9-11 ; B. S. Markovitch : *Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif* (thèse, Paris, 1930), p. 110.

Pour qu'une norme soit appliquée par la sanction, il faut certaines raisons. L'on dit couramment que c'est en raison de la nécessité absolue du droit pour la société, mais cette raison n'a pas d'importance ici, et nous ne voulons pas chercher quelle est réellement; il nous suffit de constater qu'une raison existe. Evidemment, cette raison ne peut se baser que sur le contenu de la norme qu'on munit de la sanction, contenu qui n'est, en effet, que la réalisation de certaines valeurs, disons nécessaires pour la société à tel point qu'on considère opportun d'en poursuivre l'accomplissement même par la sanction, même donc si ces valeurs ne sont pas adoptées par tous. Ainsi, la sanction n'est que la conséquence du contenu, car, vraiment, elle serait inconcevable autrement : ce ne peut être par un pur caprice que les hommes ont institué des sanctions. Le droit se distingue dès lors de la morale par son contenu, non pas par la sanction. Une norme devient une norme juridique au moment même où le créateur de la norme constate le besoin que cette norme soit sanctionnée (333).

En laissant donc de côté le fait, si fréquent, croyons-nous, que le droit n'est pas entièrement sanctionné, même le droit sanctionné ne se distingue pas seulement par la sanction de la morale, mais par le contenu. La règle « sanctionnée » des positivistes ne devient pas une règle juridique au moment où elle est sanctionnée, elle l'est devenue déjà beaucoup plus tôt, en tous cas au plus tard au moment où le créateur de la norme (sous le terme *créateur* nous comprenons ici celui qui a adopté une norme et qui décide que cette norme doit être sanctionnée) a décidé que la norme sera sanctionnée. Mais il est évident que cette norme devient une norme juridique à ce moment non pas pour le créateur de la norme, mais pour celui pour

(333) En disant cela, nous n'abandonnons pas notre conception fondamentale qu'une norme peut être une norme juridique sans aucune sanction et sans aucune constatation qu'elle doit être sanctionnée. En effet, imaginons un petit groupe social qui institue une procédure de jugement des conflits parmi ses membres. Si cette procédure est dès son commencement adoptée totalement et directement par tous les membres d'un groupe social, elle ne sera pas sanctionnée ; de plus, le groupe social, qui l'édicte, ne sentira jamais le besoin — tant que la procédure continue d'être observée et adoptée — même de penser à la sanction ; la notion de la sanction n'existera pas pour elle, — et, néanmoins, nous considérons qu'on ne peut pas proclamer les normes de cette procédure, pour cette simple raison qu'elles ne sont pas sanctionnées et qu'il n'existe pas d'opinion qu'elles le doivent être, pour des normes morales, car leur contenu y est contraire, la morale ne pouvant pas désigner la procédure.

lequel la norme n'est qu'un fait, pour celui qui n'a pas adopté la norme et à qui elle va être appliquée par la sanction. De son point de vue, donc, cette norme commence à se distinguer des autres normes dès qu'il est décidé qu'elle sera sanctionnée, c'est de son point de vue que les normes-fait (normes non adoptées) se divisent en deux groupes : celles qui s'appliquent par la sanction et qui constituent ainsi un *droit-fait*, et celles qui ne s'appliquent pas ainsi : *morale-fait*.

Mais du point de vue du créateur de la norme, qui a adopté préalablement la norme sanctionnée, cette norme sanctionnée ne représente pas du tout une norme qui se distingue des autres par la sanction, elle ne se distingue que par le contenu. Il faudrait dire, pourtant, avec les positivistes, que cette norme aussi pour le créateur se distingue des normes morales par la sanction, ou qu'elle n'est pas une norme juridique, mais une norme morale ! Cela nous semble vraiment excessif : la norme juridique est une norme *juridique* parce que son créateur pense qu'elle doit être sanctionnée, et il le pense en se fondant sur son contenu. La sanction est la conséquence du contenu, le contenu fait la différence entre les normes juridiques et morales.

Le droit est, donc, *essentiellement*, une norme, non un fait, c'est-à-dire une valeur adoptée. Le droit-fait se base sur le droit-norme, il ne peut pas exister en dehors de celui-ci. Il est étrange de rejeter en dehors du domaine juridique ce qui est l'essence du droit. Un droit basé sur la sanction étant inconcevable et pratiquement impossible à réaliser, le droit positif ne pouvant exister qu'en se basant sur un droit-norme, un système juridique particulier, — il ne faut pas proclamer comme droit uniquement le droit sanctionné, le droit positif. Un droit objectif, indépendant du droit positif, de la sanction, peut bien exister, et exister *comme droit*, et même être réalisé (dans les sociétés très homogènes).

La position adoptée par les positivistes nous amène, pourtant, à dire qu'une norme, qui est adoptée par celui qui l'applique par la sanction à un autre, est une norme *morale* pour lui, et une norme *juridique* pour celui auquel il l'applique par la sanction, — alors que, en réalité, celui qui l'applique par la sanction croit devoir le faire précisément parce qu'il considère que c'est une norme juridi-

que (334). L'argument qu'une norme non sanctionnée ne peut pas être une norme juridique, mais une norme morale n'est pas donc coinvaillant. Dès qu'on émet un jugement de valeur sur le droit positif, et dès que ce jugement constitue lui aussi une règle qui, d'après celui qui juge, doit être transformée en règle juridique, cette règle même devient une règle juridique, une règle du droit objectif. On postule ainsi toujours un droit objectif, au nom duquel nous exigeons que le droit positif soit modifié. Le monisme aboutit donc nécessairement au dualisme. Les principes au nom desquels nous jugeons le droit sont aussi des principes juridiques (335). Cela ne veut pas dire pourtant que le droit positif ne peut pas être jugé du point de vue de la morale pure. L'on peut ainsi juger, mais alors on ne constate pas qu'une règle juridique devrait être d'un certain contenu, car dès qu'on désigne ainsi une règle, on pose implicitement le droit objectif; on constate tout simplement que cette règle juridique n'est pas conforme à la morale, de même par exemple qu'elle n'est pas conforme à l'individualisme, ou au communisme, ou au libéralisme, ou à n'importe lequel des systèmes de normes. Et pourtant, en critiquant le droit, les positivistes le font pour trouver un contenu de la norme juridique, nouveau et différent, donc, pour déterminer un droit objectif (non pas dans le sens, encore une fois, de l'existence indépendante de l'homme, mais dans le sens du meilleur droit existant dans la conscience, digne d'être appliqué, au besoin, par la force de la sanction).

97. — *b)* Le prétendu droit naturel, disent les positivistes, n'est pas *objectif*, quoiqu'il doive l'être pour pouvoir exiger la modification du droit positif. Pourquoi donc alors ce droit naturel, qui n'est, en effet, que l'opinion personnelle de ceux qui prétendent exprimer le droit naturel, sert-il au droit positif comme modèle et idéal, au droit positif qui, lui aussi, est une opinion personnelle, mais, au

(334) Mais de cela il ne faut pas tirer la conclusion qu'une même norme ne peut pas être en même temps morale et juridique, en tant qu'elle appartient à la fois à la morale et au droit : par exemple la norme « ne tue pas ». Cela ne veut pas dire non plus que pour deux sujets distincts une même norme ne peut être pour un sujet une norme morale et pour l'autre une norme juridique. En somme, ce que nous n'admettons pas, c'est qu'une norme soit considérée par son auteur comme morale par rapport à lui-même, et comme juridique par rapport à autrui.

(335) M. le Fur, à plusieurs reprises, dans ses « Grands Problèmes », affirme la même position, de même que M. Aillet, dans son article cité sur le droit naturel, pp. 35-36.

moins, une opinion des organes qualifiés et qui peuvent exprimer l'opinion sociale, et les besoins sociaux.

Cet argument contre le droit naturel est très important. Nous le discuterons lorsque nous aurons parlé du droit naturel, et nous verrons qu'il contient beaucoup de vérité. Mais il convient de lui opposer deux raisons : si l'on ne peut pas trouver un droit vraiment objectif (c'est-à-dire existant indépendamment de l'homme, non comme création de sa volonté), il est possible, peut-être, de trouver, à la base de la sociologie, un droit relativement objectif; — parmi ceux qui nient l'objectivité du droit naturel, il y en a qui admettent comme idéal juridique la morale chrétienne, — or, se pose la question de l'objectivité de cette morale. Nous traiterons ci-dessous ce dernier argument (v. N° 98).

Il reste, donc, que le dualisme entre le droit positif et le droit objectif ne peut être rejeté en raison de la prétendue subjectivité du droit objectif. En effet, ce dont il s'agit, c'est de trouver un droit meilleur que le droit existant (donc relativement objectif), non pas un droit le meilleur possible (absolument objectif), — et si c'est possible (nous le croyons), cette possibilité n'est pas à dédaigner.

c) enfin, le droit naturel est un droit *incomplet, imprécisé*. Le droit naturel ne nous fournit que quelques principes fort vagues, dont on ne peut tirer des solutions concrètes pour la vie juridique réelle. Au surplus, si l'on peut, à la rigueur, reconnaître le caractère objectif à ces principes généraux, fournis par le droit naturel, ce caractère doit nécessairement être dénié aux applications concrètes qu'on en essaie de faire. Et le groupe des juristes catholiques recommande ici encore de prendre comme idéal objectif la morale catholique, morale qui est complète et précise.

Cet argument aussi porte bien non seulement contre le droit naturel, mais aussi contre le droit objectif quel qu'il soit. Toutefois, nous verrons que le droit objectif (à base sociologique), n'est pas nécessairement un droit ne contenant que des principes généraux. Nous discuterons aussi plus tard ce problème.

98. — Examinons maintenant l'aptitude de la morale catholique à servir d'idéal objectif. Il nous faut examiner son caractère d'objectivité et si cette morale est plus complète que le droit naturel.

a) quant à l'*objectivité* de la morale, elle se base d'une part sur la révélation, et d'autre part sur la raison. M. Ripert ne reconnaît pas l'*objectivité* du droit naturel parce que ce droit, étant le produit de l'« infirme » raison humaine « porte la tare de cette humanité », seule la morale chrétienne, d'origine divine, peut être objective. M. Dabin (336) reproche à M. Ripert cette position, et dit que la morale catholique n'est pas objective seulement parce qu'elle se fonde sur la révélation, mais aussi parce qu'elle est conforme à la raison. Le reproche nous semble, en partie, injustifié, en tant que M. Ripert, comme nous l'avons dit, souligne le besoin de convaincre par des *raisons objectives* ceux qui ne croient pas en Christ.

Et si l'on tient compte de la remarque, faite par MM. Le Fur et Géný (337), que la morale catholique, assurément objective et hautement idéale, est seulement une espèce de la morale, qui n'est pas adoptée par tous les peuples, mais seulement par les peuples chrétiens, il ne reste que la raison humaine comme fondement de l'*objectivité* de la morale. Pour trouver une base universelle à un droit objectif, acceptable aussi bien pour les croyants que pour ceux qui ne croient pas, il faut donc s'adresser à la raison humaine.

Et alors, on ne voit pas pourquoi cette raison humaine ne peut pas fonder un droit objectif, objectif aussi bien que la morale. Et si l'on persiste à dire que la morale nous est révélée par Dieu, il n'y a pas de raisons pour que le droit naturel ne le soit pas lui aussi (ce que, au fond, l'école du droit naturel soutient également).

Cet argument, donc, ne porte pas. Il faut examiner les autres arguments que donne M. Dabin (338). Selon lui, l'église catholique seule est si organisée qu'elle peut nous fournir une morale objective, conforme non seulement à la révélation, mais aussi à la raison, et, en réalité, la morale catholique est universellement adoptée dans nos sociétés. Nous ne contestons pas ces arguments. Mais alors se pose une autre question, annoncée déjà par M. Géný et M. Le Fur. Allons-nous traduire toute la morale catholique en droit positif, la sanctionner ? Evidemment non. Et alors il faut déterminer cette partie de la morale qui sera traduite en droit positif, qui sera

(336) V. Dabin : *op. cit.*, p. 295.

(337) V. Le Fur : *op. cit.*, et Géný : *La laïcité du droit naturel*. — Dabin préconise une éducation pour les peuples qui n'adoptent pas la morale catholique. (V. Dabin : *op. cit.*, p. 431).

(338) V. Dabin : *op. cit.*, pp. 412, 414, 421-422, 424-425.

susceptible de la sanction. Et lors de cette détermination, la morale se « subjectivise » (V. infra, N° 99). Mais, indépendamment de cela, cette partie de la morale catholique, qui peut être traduite en droit, constitue justement ce qu'on appelle le droit naturel. Le droit naturel — universellement admis, parce que constituant une partie de la morale universellement admise — est, donc, aussi objectif.

b) quant à la plus grande *précision* de la morale catholique, sans doute, elle ne peut pas être niée. Mais si la morale catholique est plus précisée (parce qu'il existe une organisation parfaite pour la formuler), cela ne signifie pas encore qu'elle est aussi plus complète. Car il s'agit de trouver un contenu *juridique*. Or, la morale chrétienne *ne peut pas nous fournir tout le contenu d'un droit véritable*. Tout au plus, elle peut nous donner des directions générales. La morale chrétienne a une autre valeur à réaliser que le droit. Nous avons dit que le droit et la morale se distinguent nécessairement par le contenu. Tout le formalisme juridique, toute la technique juridique, ne peuvent pas être déterminés par la morale, et si la morale peut nous donner des buts généraux à réaliser par cette technique, la technique peut de beaucoup influencer la réalisation des buts. Ce n'est pas la morale qui va nous désigner l'ordre des successeurs par exemple ou, comme il a été déjà invoqué, l'âge de maturité. Et pourtant, il faut trouver un droit objectif pour régler toute cette technique. Ou peut-être abandonnera-t-on toutes ces solutions au caprice d'un droit positif dépendant de la simple volonté des gouvernants ? C'est pourtant la solution vers laquelle inévitablement nous mène la négation d'un droit objectif hors de la morale.

Mais toute cette discussion est superflue, puisqu'il s'agit, en réalité, d'une querelle de mots, étant donné que ce que les uns appellent la morale objective, les autres l'appellent le droit objectif ; c'est donc une même chose, et elle est, selon les adversaires du droit naturel, objective. Tout leur effort se ramène à combattre un mot, non pas une idée qu'ils affirment eux aussi, comme l'a constaté déjà M. Le Fur (339).

(339) Comp. aussi Dabin : *op. cit.*, p. 254. — V. Gény : *op. cit.*, p. 8, qui arrive, en somme, à la même conclusion. — En tant, pourtant, que le droit naturel se distingue de la morale par son contenu, — la raison humaine — qui vérifie, selon Dabin, et aussi selon M. Ripert même, l'objectivité de la morale — doit vérifier aussi l'objectivité du droit naturel.

99. — Une autre remarque peut être aussi faite. La morale chrétienne est souvent *trop élevée, trop parfaite*, pour pouvoir constituer un droit-fait, qu'il s'agit ici de trouver. En effet, ce qu'il nous faut, c'est trouver un système juridique, qui sera érigé en institution sociale et étatique, qui sera appliqué par la force de sanctions si le groupe social donné ne l'applique pas de bon gré; trouver donc un système des normes qui ne vas pas dépasser le degré moyen de la perfection des hommes, car s'il le dépasse, il ne pourra s'appliquer qu'exclusivement par la force, ce qui est impossible. Donc, la morale trop souvent ne peut pas être appliquée et il faut alors déterminer toujours ce minimum qui s'appliquera. Même en supposant que la morale chrétienne soit bien déterminée, ce minimum ne l'est pas, et ainsi cette morale perd de son objectivité. De même, pour être réalisé, le droit a besoin d'un groupe qui le portera en lui, poursuivra sa réalisation, et ce groupe, étant humain, ne pourra pas poursuivre la réalisation d'un droit parfait, — la morale, en se « minimisant » pour devenir du droit, va se subjectiviser encore pour cette raison. Donc, même le groupe le plus élevé, le réalisateur du droit objectif, ne pourra être capable de réaliser une morale par trop parfaite. Enfin, encore une source de subjectivisme : la morale chrétienne est peut-être révélée par Dieu aux hommes, mais *ce minimum* de la morale que doit réaliser le droit et — si l'on rejette l'idée que le droit est le minimum de la morale (nous croyons que cette idée, comprise dans le sens que nous donnons ici : la morale chrétienne est trop parfaite pour pouvoir être réalisée par des hommes imparfaits, — ne peut pas être écartée) — *cette adaptation* nécessaire de la morale révélée aux circonstances évolutives de la vie, ne sont pas révélés et doivent être nécessairement l'œuvre humaine.

Pour toutes ces raisons, nous croyons qu'admettre la morale chrétienne, certainement parfaite, comme un idéal, idéal direct pour le droit, c'est aller trop loin. Il faut essayer de trouver un droit objectif qui sera plus près de la vie réelle, des hommes imparfaits.

La conclusion : les positivistes monistes, en critiquant le droit positif (le plus souvent au nom de la morale), posent, en effet, un droit objectif. Ils nient cependant que ce qu'ils posent comme idéal juridique soit un *droit* (ou, mieux, un droit juridique). En tant que cette négation veut dire que le droit objectif ainsi compris n'est pas un droit *positif* (sanctionné), cela peut être admis. En effet,

personne ne nie que le droit objectif n'est pas sanctionné, qu'il est une pure norme, une valeur, tant qu'il n'est pas devenu du droit positif. Mais le manque de sanction, n'est pas une raison suffisante pour ne pas reconnaître ce droit aussi pour un droit, droit purement normatif, fait par des normes adoptées.

§ 2. — *La théorie pluraliste de M. Gurvitch*

100. — M. Gurvitch est positiviste, mais non pas dans le sens de positivisme tel que nous l'avons jusqu'ici exposé, c'est-à-dire qu'il n'est pas un positiviste ne reconnaissant comme droit que le droit étatique (loi et jurisprudence). Il est positiviste en ce sens que pour lui il n'y a pas de droit qui ne soit pas basé sur le « fait normatif », notion qui est strictement sienne et exige des explications. Un fait normatif est à mi-chemin entre l'idéal et les faits sensibles, c'est un « fait sensible » incarnant par son existence même des valeurs (340).

Ce fait sensible est un fait social, une société, une institution, etc. un groupe social qui incarne les valeurs (341). Tous les systèmes normatifs, aussi le droit, reposent sur le fait normatif, et sur la reconnaissance de l'autorité de ce fait (pp. 68-70). Le droit, la règle juridique tire sa force obligatoire du fait normatif qui se trouve à sa base; c'est donc le fait normatif qui engendre le droit, et ce droit engendré par le fait normatif constitue le droit social spontané (pp. 132-133). Donc, le droit ne peut exister que sur la base des faits normatifs, et ces faits étant des faits sensibles, des faits sociaux (incarnant des valeurs), sont *positifs*, non pas idéaux, donnés objectivement, comme par exemple le droit naturel. C'est donc dans ce sens que M. Gurvitch est positiviste, dans le sens que tout droit existe nécessairement dans le fait, dans le fait social.

M. Gurvitch a critiqué surtout le droit naturel comme un droit qui n'est pas positif, car il n'existe pas dans les faits, et c'est pour remplacer la notion du droit naturel qu'il a construit la notion du

(340) V. Gurvitch : *L'idée du droit social*, Introduction ; dans laquelle il développe sa conception du droit social ; *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit* (surtout p. 17).

(341) V. Gurvitch : *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit* (les numéros dans le texte désignent les pages de cet ouvrage), p. 70.

droit *positif* intuitif. De même que l'école du droit naturel, M. Gurvitch souligne l'élément *idéal* du droit, car les faits sensibles, selon lui, incarnent des valeurs. Nous comprenons un peu difficilement la manière dont ces faits sensibles incarnent des valeurs. L'école du droit naturel se distingue ici de M. Gurvitch, car elle explique l'origine de la valeur, et croit en la valeur objective; M. Gurvitch ne l'explique pas, mais il ne croit pas en la valeur objective, d'après quoi nous croyons être autorisés à penser que M. Gurvitch voit l'origine de la valeur dans la société. Quoi qu'il en soit, la conception du fait normatif ne nous semble pas très heureuse. Evidemment, M. Gurvitch essaie ici de concilier l'idéal et le réel, mais il semble qu'ils restent encore trop séparés. Comme l'a bien remarqué M. Le Fur (342), il s'agit de savoir ce qui prédomine dans ce fait normatif : le fait ou la valeur. Si c'est le fait, alors l'obligation juridique et le droit se fondent sur le fait, ce qui est impossible; si c'est la valeur qui prédomine, alors c'est elle qui est le fondement du droit. En effet, nous croyons que le fait normatif n'est pas possible. M. Gurvitch le conçoit comme existant objectivement, comme incarnant objectivement des valeurs, après quoi viennent les hommes qui reconnaissent les valeurs comme incarnées dans les faits. En somme, c'est la même chose que l'école du droit naturel, qui, elle aussi, reconnaît l'existence des valeurs objectives. Mais il est possible que cette interprétation ne soit pas exacte. En fait, ce n'est pas important. Ce qui est important pour nous, c'est de constater que le fait social doit être reconnu, c'est-à-dire jugé, et quoique M. Gurvitch parle de la reconnaissance collective (p. 73) (343), c'est pour nous toujours une reconnaissance individuelle, et c'est l'individu qui est le sujet du jugement de valeur. Le fait normatif ainsi conçu se révèle comme inutile : il se ramène à un état social, état de fait, auquel l'individu attribue de la valeur par son jugement. La société est une valeur pour l'individu, nous l'avons dit, et l'individu reconnaît, adopte, le droit qui réalise cette valeur; cette simple constatation nous semble suffisante pour fonder l'obligation juridique, pour laquelle M. Gurvitch a cru nécessaire de construire cette notion si compliquée de fait normatif.

(342) V. *Grands problèmes*, p. 212.

(343) Comp. semblable conception de M. Einmanuel : *op. cit.*, p. 82.

Mais laissons ce problème de côté, et regardons le développement de la théorie de M. Gurvitch. Le fait normatif, selon lui, engendre le droit spontané. Ce droit tire sa force obligatoire de ce fait normatif. Ce droit spontané existe en fait, dans les consciences. Mais comment peut être constaté ce droit ? Selon M. Gurvitch, il peut être constaté soit par des procédés techniques, formels (sources formelles : loi, coutume, etc.) et alors ce droit spontané est devenu le droit formel ; soit « indépendamment des procédures techniques arrêtées, par une intuition directe de l'autorité des « faits normatifs » (p. 132). Ce droit intuitif positif doit, selon la conception de M. Gurvitch, remplacer le droit naturel dans ses fonctions essentielles, qui sont : 1° fonder le droit sur la Justice, puisque le droit intuitif est basé sur le fait normatif, incarnant la Justice ; 2° la critique du droit existant (il semble donc que cette critique doit porter sur le droit formel, puisque c'est ce droit seul qui existe encore en dehors du droit intuitif) ; 3° enfin, la possibilité de l'existence d'un droit valable non-formel (p. 130). C'est toutes ces fonctions que remplit le droit intuitif. Ainsi M. Aillet a cru avoir raison de déclarer que ce droit intuitif n'est pas autre chose que le droit naturel déguisé ; c'est la conclusion à laquelle arrive aussi M. Le Fur. Ce droit, donc, joue le rôle, paraît-il, d'un véritable droit *objectif*, et cette conclusion nous semble surtout être justifiée par ce fait que M. Gurvitch lui assigne le rôle de critiquer le droit existant.

Pourtant, contrairement à ces conclusions concordantes, M. Gurvitch déclare que le droit intuitif ne peut pas jouer le rôle d'un droit objectif, que le droit spontané, qui se constate par le droit formel d'une part et par le droit intuitif de l'autre, peut être bon ou mauvais (p. 134-146), et que, par conséquent, le droit intuitif aussi, qui n'est qu'une *constatation* plutôt individuelle du droit spontané, peut être bon ou mauvais.

Ainsi, en somme, M. Gurvitch peut être avec raison classé parmi les théoriciens qui nient l'existence d'un droit objectif. Son droit objectif n'est que ce que nous appelons « système juridique individuel à chacun de nous », et, comme tel, évidemment, il n'a rien d'objectif. Il semble bien alors que ces trois sortes de droit (spontané, formel, intuitif), dont aucune n'est un droit objectif, doivent s'influencer mutuellement, pour arriver, peut-être, à un droit objectif.

CHAPITRE II

LES THEORIES POSITIVES

Parmi les théories positives, qui admettent l'existence d'un droit objectif, nous exposerons deux théories principales : la théorie du droit naturel, et la théorie sociologique, qui trouve dans un droit social le droit objectif, théorie représentée essentiellement par Duguit.

§ 1. — *L'école du droit naturel*

101. — L'école du droit naturel représente, certainement, l'essai le plus sérieux de constater un droit objectif, droit dont nous avons un si profond besoin que nous le cherchons partout, et sous des noms différents. La longue histoire de l'école montre sa force « vitale ». L'école a passé par plusieurs phases (344), et maintenant elle semble revenir à ces anciennes bases. C'est pour cela que M. Le Fur l'appelle traditionnelle.

L'école se fonde sur une conception générale du monde. Selon elle, le monde a une cause première qui est Dieu. C'est Dieu qui a institué le monde matériel, avec ses lois causales, auxquelles la matière obéit aveuglement, sans volonté et sans exceptions. Dans ce monde, l'homme constitue un « être à part », un être doué de la volonté libre et de la raison. Pour cet être, Dieu a institué aussi des lois, auxquelles l'homme doit obéir librement (345). Ces lois constituent le droit naturel, qui est ainsi basé sur la nature véritable de l'homme et supérieur à l'homme : « Le droit supérieur à l'homme résulte de la nature des choses, il résulte de la volonté ou mieux de la sagesse divine : l'homme a sa loi naturelle, comme toutes

(344) V. Le Fur : *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne*, Recueil de l'Académie de La Haye, 1927, t. III.

(345) Cette liberté est surtout soulignée par l'école.

choses dans la nature » (346). L'essence du droit naturel est, donc, son existence dans la nature des choses, dans la nature des hommes, dans « la nature même des choses, dont l'homme est une partie », comme le dit Gény (347), si bien que « son substratum essentiel reste commandé par une force supérieure, devant laquelle le *jugement individuel ne peut que s'incliner*, en reconnaissant sa puissance dominante, en même temps qu'il confesse l'obscurité et le vague de ses suggestions » (348).

Ces lois existent objectivement, indépendamment de la volonté humaine, elles ne sont pas créées par l'homme, l'homme ne peut que les constater, les découvrir. Le droit naturel est *donné* (par Dieu à l'homme), et en le découvrant comme tel, l'homme le formule en concepts, en règles et forme ainsi le *construit* juridique; — c'est ainsi que Gény a distingué le *donné* et le *construit* dans le droit « Tantôt, dit-il (349), il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la « nature sociale », interprétée d'après elle-même ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire. Et c'est ce que j'appelle le *donné*, qui doit formuler la règle de droit telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut. — Tantôt le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, tendra à les mettre en œuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destinées. Et le résultat de l'effort, ainsi poursuivi, issu de l'artifice, s'exerçant sur la nature des procédés propres, puisés dans les puissances personnelles de l'homme, peut, ce semble, être qualifié le *construit*, puisque, au moyen d'un travail tout subjectif, il tend à ériger la règle brute en précepte capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci, en vue des fins suprêmes du droit ». Gény ainsi distingue quatre *données* (350) :

(346) Le Fur : *Règles générales du droit de la paix*. (« Recueil », 1935, t. IV), p. 93.

(347) Gény : *Science et technique*, t. II, p. 419.

(348) Gény : *op. cit.*, t. II, p. 420.

(349) Gény : *op. cit.*, t. I, p. 97.

(350) V. Gény : *op. cit.*, t. II, pp. 371-387 (les numéros dans le texte désignent les pages de cet ouvrage).

1° le donné *naturel*, qui est constitué par « les conditions de faits, où se trouve placée l'humanité » ; ce donné ne crée pas directement les règles juridiques ;

2° le donné *historique*, constitué par les règles juridiques déjà élaborées, et sur lesquelles on fait des règles nouvelles ;

3° le donné *rationnel*, qui est capital, et qui est identique en fait avec le droit naturel ; il le définit ainsi (p. 381) : « Il est des règles de conduite juridique que la raison dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde. En tant qu'elles sont véritablement imposées à l'esprit et qu'elles correspondent, pour lui, aux exigences les plus évidentes des choses, elles présentent un caractère de nécessité, en même temps que d'universalité et d'immutabilité, qui les met à part et leur assigne une place éminente parmi les règles juridiques ». Ce donné constitue l'essence du droit naturel universel et immuable ; il « ne comprend que les préceptes que la raison nous montre impérieusement postulés par la nature de l'homme, sans l'étendre jusqu'aux desiderata ». Ce donné rationnel qui révèle la substance propre du droit (p. 389), consiste, essentiellement, en « une seule chose, la notion de *justice*, qui permet seule d'établir l'ordre et la paix dans la vie sociale » (p. 390). La justice peut être concrétisée dans les principes moins objectifs et évidents ; il y a ainsi des degrés divers de la justice (p. 393-394) :

4° enfin, le donné *idéel*, révélé par les forces obscures de l'âme humaine, qui tend à perfectionner le droit (384-387).

Ainsi, GénY ramène le droit naturel « irréductible » essentiellement à la justice, qui est un principe objectif, s'imposant à l'homme. Mais il dit aussi que même ceux qui ne veulent pas croire en Dieu et l'origine divine de la justice, peuvent s'entendre sur le fait que la justice est la fin suprême que le droit doit réaliser, qu'« il existe à la base des institutions sociales un fonds de vérité, étranger et supérieur aux volontés et aux caprices des hommes, qui est bien matière de science ou de croyance, mais qui domine et limite toute action, dans la sphère du droit » (p. 420). Ainsi, le droit naturel est « laïcisé », et il s'impose à tous les hommes, croyants ou non (351).

(351) V. surtout dans ce sens GénY : *La laïcité du droit naturel*.

102. — M. Le Fur, de son côté, distingue aussi trois donnés : naturel, rationnel et historique (352). Le donné historique étant, pour sa part, aussi le produit des données naturelles et rationnelles, il ne reste que ces deux données essentielles : les faits (donné naturel), sur lesquels la raison humaine (donné rationnel) travaille (353). La raison humaine doit être comprise « au sens le plus large du mot, comprenant à la fois l'esprit de finesse et l'esprit de géométrie comme disait Pascal » (p. 115), la logique et l'intuition. Le donné idéal est ainsi compris dans le donné rationnel lui-même (v. N° 27 a).

Selon M. Le Fur, l'essence du droit naturel est aussi la justice, justice objective : « Une justice objective, qui s'impose aux gouvernants comme aux gouvernés... c'est l'essentiel du droit naturel ou objectif » (pp. 159-160). Cette justice nous est révélée par notre sens du juste, qui est un des sens spirituels, dont nous avons parlé déjà. La justice, le droit naturel sont objectifs, et non pas un sentiment, qui est subjectif, comme par exemple dans la conception de Duguit, que M. Le Fur critique vigoureusement : « La justice chez lui n'est pas cette notion objective, c'est-à-dire indépendante de la volonté de l'homme... elle n'est pas cette donnée première de la raison que les uns appelleront « intuition », où d'autres verront le fonctionnement des sens spirituels ou rationnels » (p. 416). L'essence de la justice consiste dans la règle « cuique suum tribuere », et le droit naturel proprement dit pour M. Le Fur se constitue de ces trois règles, tirées directement de la notion de Justice (pages 181-183) :

- 1° *pacta sunt servanda*, respect des engagements pris;
- 2° réparation des préjudices injustement causés;
- 3° respect des autorités.

Ces trois règles sont universelles et immuables, elles s'appliquent nécessairement à tous les hommes; c'est pour cela qu'elles sont si générales. Mais, si elles sont générales, il ne faut pas en conclure qu'elles représentent des formes vides, au contraire, « elles commandent tout le droit privé et public » (p. 184). L'adaptation

(352) V. Le Fur : *Les grands problèmes*, p. 169 (les numéros dans le texte désignent les pages de cet ouvrage).

(353) Tout à fait pareille est la conception de Bonnecase. (V. *L'introduction à l'étude du droit*, passim ; *Science du Droit et Romantisme*, passim).

de ces règles aux circonstances particulières, leur concrétisation est ce qui constitue le *droit rationnel* (p. 188), le droit qui est changeant, et qui porte ainsi une certaine dose de subjectivité.

Ainsi, selon M. Le Fur, comme selon M. Génv, le droit naturel au sens large du terme se divise en deux parties : le droit naturel proprement dit, qui n'est que la justice même : cuique suum tribuere, et ses trois applications immédiates (pour M. Le Fur) ; ce droit est nécessairement objectif, immuable, universel : « le droit naturel ainsi compris ne peut pas être nié raisonnablement, car il est la conséquence immédiate de la notion de justice, dont la négation serait la négation même du droit, et de l'idée que cette notion de justice s'impose également aux Etats, — vérité reconnue, au moins théoriquement, par tous les Etats civilisés » (p. 189) ; le droit naturel « appliqué », qui est constitué, selon M. Génv, par les degrés inférieurs de la justice concrétisée, selon M. Le Fur par le droit rationnel, et qui change selon les époques et les pays, « susceptible d'un développement indéfini, comme la civilisation même » (page 188).

103. — Ainsi se présente cette théorie, bien construite, vaste, souple. Elle a eu toujours des adversaires redoutables, autant que des partisans, et la polémique autour d'elle est trop longue pour pouvoir ici être suivie en détails. Nous indiquerons seulement les principaux arguments invoqués contre elle, nous les discuterons, et puis nous donnerons notre opinion. — C'est M. Gurvitch qui a résumé les arguments principaux contre le droit naturel, au nombre de trois (354) :

1° « La notion d'un droit purement autonome est une contradiction dans les termes. — La stricte correspondance des devoirs des uns et des prétentions des autres, qui constitue le droit, ne peut être acquise que par un recours à une autorité non identique avec la règle même. La réciprocité que suppose cette correspondance a pour prémisses l'efficacité réelle de la règle du droit, ce qui en détruit le caractère purement normatif. De plus, le droit ne peut, sans s'affirmer comme positif, servir à réaliser la justice qui demande l'établissement de la sécurité et de la paix préalable. Un droit purement autonome n'est plus un droit, mais un postulat moral, une opinion sur le droit, émise au point de vue d'idéal moral,

(354) V. Gurvitch : *op. cit.*, pp. 116-129.

mais non le droit lui-même » (355). Cet argument, comme l'on voit, est complexe, et il contient en effet plusieurs arguments secondaires, que nous allons extraire pour les traiter séparément :

a) le droit naturel est un droit purement *autonome*, purement normatif ; or, le droit autonome est impossible, ce n'est pas un droit, mais une opinion sur le droit. Pour prouver que le droit autonome n'est pas possible, M. Gurvitch invoque deux arguments (le caractère « bilatéral » du droit, le besoin de réalisation de la justice), que nous traiterons ci-dessous séparément ; il s'agit ici de voir si le droit naturel est vraiment un droit purement autonome, et si un tel droit est possible (356).

M. Gurvitch affirme que le droit naturel est un droit autonome et normatif, ce qui est identique pour lui. Le droit naturel est autonome pour M. Gurvitch dans ce sens que, en fait, il n'est pas édicté par une autorité sociale qualifiée, mais il est seulement découvert par notre raison, raison qui est autonome. Ce serait donc un droit qui nous est dicté par la raison, non pas par l'autorité sociale, par le « fait normatif » de M. Gurvitch.

Cette première critique de M. Gurvitch nous semble erronée. En effet, dans l'école du droit naturel, de même que dans la théorie de M. Gurvitch, le droit a une base hétéronome, objective. Selon l'école, le droit naturel découle de la nature des choses, de la nature humaine, il est donné objectivement, indépendamment de notre volonté, nous ne pouvons le créer, mais seulement le constater, il s'impose à l'homme nécessairement ; — selon Gurvitch, le droit est l'émanation du fait normatif, qui est un fait social, en tant que fait, et qui incarne des valeurs. Quelle est la différence alors entre le droit naturel et le droit social spontané qu'engendre le fait normatif ? Le droit naturel existe aussi bien indépendamment de l'individu que le droit social, même plus. L'objection de M. Gurvitch peut être comprise seulement dans le sens qu'il veut nier cette existence objective du droit naturel, son émanation de la nature des choses et de Dieu. Mais il ne donne pas d'arguments contre cette existence objective. L'affirmation n'est pas une preuve. D'autre part, le droit social de Gurvitch existe objectivement, selon lui ; mais cette

(355) *Op. cit.*, p. 116.

(356) Le même argument est présenté par les positivistes monistes (le droit naturel n'est pas un droit) ; M. Gurvitch le développe davantage.

existence objective ne peut être pour l'homme évidente que par sa constatation : donc, de même que la raison humaine, la conscience, découvre le droit naturel, de même elle découvre, elle *constate*, selon les termes propres de M. Gurvitch, le droit social spontané. L'on ne voit dès lors pas pourquoi le droit naturel serait plus autonome que le droit social, puisque tous deux ont une existence objective, constatée subjectivement par l'homme. Le droit en tant qu'institution, droit formel, peut aussi bien être considéré comme constatation du droit naturel objectif, que du droit social objectif. Il ne reste rien de cet argument qui soit acceptable, et M. Gurvitch l'a bien vu. C'est pourquoi il a essayé de critiquer l'essence même du droit naturel, la justice objective, en invoquant que la justice objective n'existe pas, que c'est une notion changeante avec les pays et les époques.

Nous croyons non que la Justice objective n'existe pas, mais qu'elle ne peut être prouvée positivement et nous reprendrons toute cette argumentation ci-dessous : ici nous voulons établir que cet argument ne peut être invoqué contre le droit naturel comme le fait ici M. Gurvitch. En effet, M. Gurvitch considère lui aussi que le fait normatif n'est pas un pur fait, mais un fait incarnant des valeurs. Quelles sont ces valeurs ? Si M. Gurvitch dit que ces valeurs sont objectives, alors il dit la même chose que l'école du droit naturel ; si ces valeurs sont subjectives, alors son droit social n'est pas plus hétéronome que le droit naturel. M. Gurvitch a, pourtant, trouvé une troisième solution, pour échapper à ce dilemme. En effet, selon lui, c'est la société, avec sa conscience collective, qui crée les valeurs, lesquelles s'imposent ainsi à l'homme comme des valeurs hétéronomes. La valeur de M. Gurvitch est, donc, une valeur objective, mais non pas dans le sens du droit naturel, cette valeur est une création humaine. Nous ne voyons pas la différence. Car, une valeur sociale, existant dans la conscience collective, n'existe pas pour l'individu tant qu'elle n'est pas connue par sa conscience, et elle devient ainsi subjective, c'est-à-dire autonome, exactement dans le même sens que M. Gurvitch le reproche au droit naturel.

En résumé, l'école du droit naturel, exactement comme M. Gurvitch, affirme l'existence d'une valeur hétéronome qui s'impose à l'homme. Seulement M. Gurvitch prétend que cette valeur du droit naturel ne provient pas de la nature des choses, qu'elle n'est que notre valeur subjective à nous, que nous découvrons dans le fait social normatif. Mais alors, cette valeur est, en réalité, selon M. Gurvitch

même, hétéronome, c'est lui qui l'a prouvé en disant que les prétendues règles concrètes du droit naturel, ne sont en réalité que du droit positif intuitif (357). En fait, pourtant, ce droit positif intuitif n'est pas plus hétéronome que le droit naturel, car c'est un même phénomène, que l'école du droit naturel appelle le droit naturel constaté et M. Gurvitch le droit social constaté *intuitivement*. Les explications de ce phénomène seulement différent : l'école du droit naturel dit que c'est une constatation de la justice objective et M. Gurvitch celle du fait normatif. De plus, l'école du droit naturel n'a jamais contesté l'existence du droit naturel dans les consciences humaines, elle a accepté les « fins intermédiaires » et elle parle du droit naturel, en dernière ligne, comme d'un droit admis par la conscience universelle de l'humanité. Ainsi conçu, le droit naturel est non moins hétéronome que le droit social de M. Gurvitch, puisque ce droit naturel est aussi un fait social. Seulement, M. Gurvitch voit la source dernière de l'hétéronomie dans le fait social même, dans ce que le droit est une émanation de la société, tandis que l'école du droit naturel cherche cette source encore plus profondément, dans une vérité objective juridique. L'école, donc, ajoute seulement une couche plus profonde, en souscrivant à tout ce que dit M. Gurvitch sur l'origine sociale de l'hétéronomie.

Ainsi, nous espérons que nous avons établi que, dans la conception de l'école du droit naturel, le droit est aussi peu autonome que dans celle de M. Gurvitch. Mais il nous reste à dire que, selon nous, ces deux conceptions ne peuvent être prouvées positivement ni l'une, ni l'autre. En effet, le fait d'expérience est, nous l'avons établi, que le droit ne peut nous obliger que par notre adoption directe ou indirecte. Le droit est, donc, essentiellement autonome. Ce n'est ni dans le fait social qu'il puise sa force obligatoire, ni dans une vérité objective, mais dans un fait de la conscience individuelle : l'adoption. D'où vient que nous adoptons le droit ? — Nous ne le savons pas; il est également possible que cela vienne de la société ou de l'existence d'une vérité objective. Le droit naturel n'est pas un droit autonome, comme le veut M. Gurvitch, mais un droit autonome est possible, le droit hétéronome même, quoi qu'il existe, en tant qu'institution sociale, a sa base dans l'autonomie, dans ce que nous avons appelé adoption.

(357) V. *op. cit.*, p. 130. — La même critique se retrouve chez les positivistes : ils disent que le droit naturel n'est pas un droit objectif, mais la création subjective des savants : autant d'auteurs, autant de Droits naturels.

Mais M. Gurvitch dit que non seulement le droit naturel est un droit autonome, il est encore un droit purement *normatif*, et par là, il veut dire que le droit naturel n'existe pas dans le monde réel, dans le monde des faits, qu'il existe dans le monde des valeurs. En effet, l'école du droit naturel affirme l'existence de la justice comme d'une valeur objective, et en cela la critique de M. Gurvitch est justifiée; mais elle affirme aussi l'existence, pour ainsi dire, *subjective* de cette idée, la nécessité même de cette existence subjective dans les consciences humaines, et en cela la critique de M. Gurvitch n'est pas justifiée. La discussion porte ici encore sur l'origine de notre conscience de la justice, conscience qui est un fait, affirmé aussi bien par M. Gurvitch : pour l'école, l'origine de cette conscience est objective, pour Gurvitch, elle est sociale (fait normatif); pour nous, cette discussion n'est pas « *positive* » : il n'est pas encore prouvé que cette origine est ou sociale ou objective, et, peut-être, nous ne pouvons pas le savoir.

Quant à l'affirmation de M. Gurvitch que le droit autonome n'est pas un droit, mais une opinion sur le droit, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit précédemment en critiquant la conception d'un droit moral. M. Gurvitch est un positiviste en tant qu'il considère le droit comme un phénomène éminemment social, c'est-à-dire que le droit chez lui ne peut être individuel, ne peut être le fait de la conscience individuelle. Pour nous, l'essence du droit n'est pas son existence dans plusieurs consciences individuelles, ni dans la conscience collective, ni dans les lois, etc. (comme *institution* sociale), mais dans son existence dans une conscience individuelle, dans laquelle le droit se distingue des autres normes par son contenu. Il est bien évident que pour nous aussi le droit a un contenu social, que son objet est social, en tant qu'il réglemente nos rapports avec les autres (sans ces rapports il n'y aurait probablement pas de droit), mais de ce fait il ne faut pas conclure que le droit n'a pas une existence individuelle.

104. — *b)* Le droit naturel étant purement normatif et purement autonome, ne peut pas être du droit, parce que le droit institue la *stricte correspondance des devoirs des uns et des prétentions des autres*, correspondance qui ne peut être assurée que par un droit hétéronome et efficient. — Cet argument de M. Gurvitch ne vaut pas plus que les précédents dont il n'est que l'application. En effet, le droit naturel ne peut pas invoquer cette « autorité non identique

avec la règle même » sous forme de l'autorité qualifiée sociale, du fait normatif, comme le peut faire le droit social de M. Gurvitch, — mais nous ne pouvons dire pour cela que le droit naturel est inefficent. En effet, l'école a toujours reconnu que, pour être appliqué, le droit naturel doit se trouver dans les consciences individuelles; de plus, si ces consciences ne l'appliquent pas de bon gré, le droit naturel doit être sanctionné. Mais, si les consciences individuelles l'appliquent librement, nous ne voyons pas pourquoi le droit naturel est inefficent. Le fait est que les consciences individuelles, en adoptant le droit naturel, peuvent l'appliquer sans pression d'aucune autorité non identique avec la règle même. En réalité, la procédure se déroule ainsi : deux personnes, qui se trouvent dans un rapport juridique, disons un créancier et un débiteur, adoptent comme leur cette règle juridique que le débiteur doit rembourser son créancier. Ainsi, entre le créancier et le débiteur s'institue cette correspondance stricte des devoirs et des prétentions : le débiteur est conscient qu'il doit rembourser exactement la même somme que le créancier est conscient qu'il peut exiger. Puisqu'ils adoptent tous les deux cette règle, ils peuvent l'exécuter effectivement : le débiteur peut payer le créancier. Ici, donc, ils ont obéi à une règle, sans invoquer une autorité distincte d'elle. Pour eux, le droit était purement autonome, mais non pas inefficace (358). Voici, donc, prouvé que la stricte correspondance peut être assurée par un droit autonome, lorsque dans les consciences qui sont en rapport juridique, la même règle est valable.

Evidemment, puisque les systèmes juridiques particuliers diffèrent souvent, il faut trouver un moyen pour les mettre en harmonie. Mais, pour cela, le droit ne doit pas nécessairement perdre son caractère autonome : nous avons parlé de l'adoption indirecte du droit. Si cette adoption indirecte ne suffit pas, il s'agit précisément de trouver un droit objectif, qui pourra être appliqué par la force. L'école du droit naturel détermine ce droit; pour M. Gurvitch, qui est positiviste, tout droit social peut être appliqué par la force, solution que nous ne pouvons admettre.

Le droit purement autonome n'est pas inefficent, au contraire, à la base de l'efficience du droit, se trouve justement l'autonomie.

(358) Même l'autorité ne provient pas d'elle-même ; au contraire, ce sont les règles, les valeurs adoptées qui sont à l'origine de l'autorité. Un pouvoir qui édicterait toujours des règles que nous n'adoptons pas, ne serait pas une autorité, mais une tyrannie.

Ainsi, même si le droit naturel était vraiment autonome, il ne serait pas inefficace. Mais il ne l'est pas, comme nous l'avons dit : il est hétéronome parce qu'il est donné à nous par la nature des choses, enfin, il est hétéronome, parce que c'est un droit universellement reconnu.

c) le droit naturel *ne peut réaliser la justice*, qui demande l'établissement de la sécurité et de la paix préalable, établissement qui ne peut être effectué que par un droit positif, c'est-à-dire efficient. Cet argument est lié aux précédents : le droit naturel est un droit efficient, en effet, et, si c'est la condition pour la réalisation de la justice, elle est remplie. Bien entendu ici, comme jusqu'ici toujours, M. Gurvitch a raison en tant que l'école du droit naturel postule un droit objectif qui ne nous oblige pas réellement, comme nous l'avons déjà constaté, car ce droit (qui *doit* nous obliger, mais qui ne nous oblige pas réellement) n'est pas efficient. Mais nous avons déjà maintes fois dit que l'école, il est vrai, postule un tel droit, sans toutefois se lier exclusivement à lui, puisqu'elle admet la nécessité, et affirme la possibilité, que ce droit soit reconnu, adopté par nous, donc, qu'il nous lie effectivement (359).

(359) M. Ioutsakovitch (*op. cit.*, pp. 95-96) a essayé de réfuter ces arguments de M. Gurvitch d'une autre façon. Il ramène l'argumentation de M. Gurvitch à ceci : le droit naturel n'est pas efficient, donc, il n'est pas réciproque (« bilatéral », assurant la réciprocité), donc, il est autonome. Si l'on rejette l'assertion de l'inefficience, toute l'argumentation tombe. Et M. Toutsakovitch la rejette en disant que le droit naturel est efficient autant que le droit positif de M. Gurvitch. En effet, selon M. Gurvitch, dit M. Toutsakovitch, ce qui fait l'efficacité du droit, ce n'est pas la contrainte, mais la *possibilité* de la contrainte. Or, le droit naturel est, par définition, *susceptible de la contrainte*. — Nous croyons, au contraire, que le manque de réciprocité et le caractère autonome du droit naturel ne peuvent être ramenés totalement au manque d'efficience. En effet, le caractère hétéronome du droit implique l'existence d'un créateur objectif (relativement) du droit, qui l'impose aux parties en cause ; tandis que l'efficience, quoiqu'elle soit aussi intimement liée à ce créateur objectif, n'invoque pas, en première ligne, ce créateur, mais sa *puissance* de rendre le droit efficient. Ainsi, le droit naturel peut être créé par un tiers objectif (Dieu, ou la nature, ou la conscience universelle) et, par conséquent, être réciproque, bilatéral, — mais toutefois manquer de l'efficience. Car l'efficience exige une volonté qui applique réellement le droit ; le droit positif de M. Gurvitch est efficient, dans ce sens, le droit naturel, quoique susceptible d'être efficient, n'est pas efficient tant qu'il n'est pas devenu du droit positif. La grande différence entre le droit naturel et le droit positif — que M. Toutsakovitch méconnaît — est que le droit positif est non seulement susceptible d'être sanctionné, comme le droit naturel, mais qu'il est sanctionné en fait : selon M. Gurvitch aussi le fait normatif (l'autorité sociale) est toujours prêt d'appliquer le droit par la contrainte. Dans le droit positif existe une volon-

d) en analysant la justice, à propos de ce premier argument. M. Gurvitch reproche aussi au droit naturel qu'il veut critiquer le droit du point de vue de la Justice, alors que c'est impossible, étant donné que la justice constitue le Logos, l'essence du droit, que chaque droit est nécessairement un essai de réalisation de la justice; dès lors, le droit ne peut pas être critiqué du point de vue de la justice, mais seulement de celui de la morale. Cela ne nous semble pas fondé. Nous admettons avec M. Gurvitch que la justice n'est pas objective, mais nous ne pouvons pas admettre que le droit ne peut pas être critiqué du point de vue de la justice, et cela précisément pour cette raison que chaque droit est nécessairement un essai de réaliser la justice. Car, la justice est changeante, c'est-à-dire qu'elle varie selon la société donnée; le droit aussi, qui est un essai de la réaliser; — alors, ce droit peut ou réussir à la réaliser ou non; s'il n'y réussit pas, il peut être critiqué du point de vue de la justice même, telle qu'elle existe dans cette société donnée, et cette conception de la justice, traduite en règles, constitue précisément un autre essai de réaliser la justice, un autre droit donc, un droit objectif, basé sur la justice aussi. La critique de M. Gurvitch est si étrange, qu'elle aboutit, en fait, comme l'a bien remarqué M. Le Fur, à l'affirmation que tout droit positif est juste, ce qui est un non-sens.

105. — 2° La deuxième critique que fait M. Gurvitch du droit naturel, est que la justice est une idée *abstraite*, dont on ne peut pas tirer des règles juridiques *concrètes*, celles-ci supposant des conditions de faits, et que ces règles ne peuvent pas, même si elles correspondent à la justice, tirer leur force obligatoire de la justice, mais du fait normatif. — Quant à la force obligatoire, remarquons tout de suite que c'est, en fait, l'argument déjà invoqué contre le droit naturel et dont nous avons parlé : l'argument d'inefficience. Nous sommes au contraire persuadé que le droit ne peut tirer sa

té réelle d'appliquer la contrainte (même, et surtout, dans le cas où la contrainte n'est pas appliquée), dans le droit naturel (tant qu'il ne devient pas du droit positif) cette volonté n'existe pas encore, quoiqu'il soit possible qu'elle existe. En tant que la sanction, pour le droit positif, n'est pas organisée, — car il y a nécessairement une partie du droit positif qui ne peut pas être sanctionnée, — ce droit reste néanmoins positif et différent du droit naturel en tant qu'il existe dans le fait social (le « fait normatif » de M. Gurvitch), qu'il est voulu par les consciences réelles, tandis que le droit naturel n'existe pas de cette manière-là tant qu'il ne devient pas du droit positif. — De tout cela, évidemment, il ne faut rien conclure sur notre propre conception, contraire aussi à celle de M. Gurvitch.

force obligatoire que de la valeur, et la justice est une de ces valeurs, et que ces valeurs, pour être la source de la force réelle, doivent exister en nous et être adoptées par nous. Du reste, M. Gurvitch reconnaît aussi que pour rendre le droit obligatoire, la valeur est nécessaire, et c'est pourquoi son fait normatif est un fait incarnant des valeurs. Quant à la remarque que ne peuvent pas être tirés de la justice des principes invariables, universels, valables pour tous les hommes, comme l'a fait M. Le Fur, nous sommes complètement d'accord avec M. Gurvitch, et nous reprendrons cette critique dans notre résumé sur la théorie du droit naturel. Seulement, quelques atténuations sont ici encore nécessaires. En effet, si l'on peut dire que les principes tirés de la justice ne sont pas immuables et universels, la justice, elle, est, dans un sens, immuable et universelle.

3° enfin, dit M. Gurvitch, — et cela est une critique contre le dualisme en général dans le droit, — le droit naturel ne peut être admis, car il y aura alors un conflit entre le droit naturel et le droit positif, conflit qui est insoluble. Car ce conflit n'a que trois solutions possibles, et toutes trois sont inacceptables. Ainsi :

a) la *prépondérance du droit naturel* ne peut être admise, car cela signifierait anarchie, chacun prétendant que le droit naturel est tel qu'il lui convient;

b) la *prépondérance du droit positif* ne peut être admise non plus, car alors le droit naturel serait impuissant, donc n'aurait pas de raison d'être;

c) enfin, l'*équivalence* de ces deux droits est aussi inacceptable, puisqu'il n'y a pas un troisième ordre qui leur soit supérieur.

La même critique est dirigée contre le droit naturel par Kelsen, en vertu du principe d'identité; *a* ne peut être *non-a*; un droit ne peut être valable si un autre droit avec le contenu contraire est valable (360); de même que par Bonnard (361); ainsi, tous deux ont essayé d'instituer un monisme, Kelsen n'admettant que le droit positif, Bonnard considérant le droit naturel comme un autre aspect du droit positif. Ce qui est intéressant, c'est que M. Gurvitch ne croit

(360) V. Kelsen : *Naturrecht und positives Recht* (« Revue internationale de la théorie du droit », 1927-28, pp. 71-94), p. 77.

(361) V. Bonnard : *Droit naturel et droit positif* (« Revue internationale de la théorie du droit », 1928-29, pp. 1-16), p. 2.

pas qu'un monisme s'impose : en effet, selon lui, il y a, pour ne pas citer plus, un droit spontané, un droit formel, un droit intuitif. Son monisme consiste en ceci que tous ces droits sont des droits positifs (mais à l'intérieur du droit positif, donc, le pluralisme est possible). Il est amusant de penser comment et suivant quel critérium le conflit entre ces différents droits positifs de M. Gurvitch peut être résolu. Nous croyons même qu'un conflit entre un droit purement normatif, et tel est, selon M. Gurvitch, le droit naturel, et un droit positif est, logiquement, beaucoup plus facile à résoudre qu'entre deux droits tous les deux positifs. En effet, la solution logique du conflit entre le droit purement normatif, c'est-à-dire un droit inefficace, et le droit positif, est toute simple (M. Gurvitch même l'a trouvée) : c'est la combinaison des deux premières solutions indiquées par M. Gurvitch : le droit naturel est prépondérant dans le monde normatif, car il *doit* être réalisé dans le droit positif, et le droit positif est, au contraire, prépondérant dans le monde réel, car c'est lui qui *est* réalisé dans les faits.

M. Gurvitch dit expressément que le droit naturel, étant un droit idéal, ne peut influencer le droit positif réel; il proclame que ces deux droits ne peuvent pas se rencontrer, et que le problème se pose en tant qu'on considère le droit naturel comme réellement valable, comme positif; — mais alors ce même problème, nous l'avons vu, se pose aussi pour le système positiviste pluraliste de M. Gurvitch.

De plus, selon M. Gurvitch, le droit naturel est, par définition, un droit inefficace, non valable réellement, — donc, le conflit n'est pas possible, — et il traite néanmoins ce conflit, c'est-à-dire suppose le droit naturel comme efficace. Il y a là une contradiction.

Pour nous, le droit objectif doit être aussi efficace, car sans cela il n'aurait pas d'importance pratique. Et la solution du conflit entre le droit objectif efficace et le droit positif également efficace est très simple : étant donné que le droit, pour être efficace, doit être adopté, sera prépondérant, des deux droits, celui qui est adopté; et si tous les deux sont adoptés, alors le conflit se réglera, comme nous l'avons dit, par un jugement de comparaison entre deux valeurs. Du reste, une fois le droit objectif incorporé dans le droit positif, et c'est là l'idéal et le cas normal, le conflit

disparaît. Donc, sans une échelle de valeurs, la solution n'est pas possible, et cette solution n'apparaît pas clairement quant à divers droits positifs de M. Gurvitch (362).

Mais il y a une autre chose qu'on peut reprocher à cette critique de M. Gurvitch et de Kelsen : c'est l'abus de la logique. Il ne faut pas se demander d'abord ce qui est logiquement possible selon le principe d'identité, et après cela venir à la réalité et déclarer impossible une réalité contraire à la logique. Il ne faut pas rejeter le droit naturel parce qu'il est contraire à la logique qu'il y ait deux systèmes juridiques, car, par le même procédé et avec autant de raison, on peut déclarer seul le droit naturel existant et le droit positif inadmissible ; — il faut tout d'abord examiner la vérité même, voir si, dans la réalité, il y a deux systèmes juridiques, et après cela trouver leur conciliation logique, qui, elle, se trouvera certainement, car c'est la logique qui s'adapte à la vie, non l'inverse. Ainsi, l'on aurait vu que le droit naturel, le droit objectif est, peut-être, une réalité ; et, pour nous, il est vrai qu'il existe plusieurs systèmes juridiques, sinon le droit naturel, dans le sens strictement du mot. Mais, il faut déjà voir ce qui existe en fait, ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas dans la conception du droit naturel.

106. — Ce qu'on ne peut pas positivement admettre de la théorie du droit naturel, c'est sa conception générale, philosophique du monde : le fondement du droit sur Dieu, sa volonté et sa sagesse. Cela pour cette bonne raison que ces choses sont *scientifiquement* indémontrables. Du reste, l'école n'y insiste trop (363). Elle affirme

(362) Selon M. Gurvitch, dans le conflit entre le droit intuitif et le droit formel, étant donné que ni l'un ni l'autre ne constitue un droit objectif, la prépondérance doit être assurée à celui de ces deux droits qui aura mieux exprimé le fait normatif même, la source matérielle du droit. Mais la question se pose justement comment nous pouvons le savoir ? Qui sera juge entre ces deux droits ? Puisque M. Gurvitch n'admet pas une échelle individuelle de valeurs comme nous, il semble que c'est la force qui va décider d'autant plus que, selon M. Gurvitch, dans les révolutions c'est le droit intuitif qui prédomine et inversement.

(363) C'est surtout Gény qui a insisté sur la laïcisation du droit naturel (v. Gény : *La laïcité du droit naturel*). S'il souligne que, pour fournir une base solide au droit naturel, il faut adopter la philosophie traditionnelle, il affirme aussi que le droit naturel a une base suffisamment ferme, même en dehors de cette philosophie, dans les « idées simples... qu'une sorte d'ambiance impose et auxquelles tout le monde s'entend, à un moment donné » (Gény : *Science et technique*, t. II, p. 363). Si « l'explication, seule décisive, ne se rencontre qu'au dernier sommet de l'échelle des principes et des fins », « la puissance de la vérité se transmet comme un fluide aux échelons

au contraire, l'existence d'un droit objectif, donné indépendamment de l'homme, d'une justice objective, dont découlent certaines règles juridiques immuables et universelles. Ce droit, cette justice objective est affirmé aussi bien par M. Le Fur que par Gény; c'est le donné rationnel de Gény tout entier qui est immuable, dans ses principes essentiels, et nous connaissons déjà les trois règles essentielles que M. Le Fur tire directement de la justice, et qui sont aussi immuables et universelles. Cette affirmation de l'existence de certaines règles immuables et universelles, donc, objectives, c'est l'essence même de l'école.

Exposons notre point de vue sur ce problème. De notre point de vue, positiviste, on ne peut pas affirmer pour une règle qu'elle est immuable et universelle, car l'expérience nous manque pour cela, étant donné que, pour cette affirmation, il faut disposer de l'expérience totale, et que, au contraire, l'expérience positive, réelle, n'est que partielle. Du reste, c'était l'argument de Kant pour affirmer l'existence des concepts *a priori*, et des phénoménologues aussi pour affirmer l'existence des *essences idéales*. Mais nous verrons toutefois qu'on peut affirmer, dans un certain sens, l'universalité et l'immutabilité de la Justice. Développons des arguments :

Nous pouvons constater que la justice nous est donnée comme une valeur, dans notre conscience. Du reste, l'école le reconnaît aussi. Il s'agit pour nous de savoir si la justice donnée dans la conscience

qui suivent, et c'est assez de s'accrocher à l'un de ceux-ci ». (*Ibid. op. cit., loc. cit.*). Le droit naturel ainsi consiste en « règles de conduite extérieure imposées par la *nature*, reconnues par la *conscience* et la *raison commune à tous* ». (Gény : *La laïcité du droit naturel*, p. 21). Ainsi le droit naturel est basé sur la nature et la raison. Mais on pourrait dès lors conclure que le droit naturel n'a pas une existence objective *stricto sensu* (dans une conscience supérieure), et alors se pose la question de savoir comment le droit naturel peut exister dans la nature. La seule réponse possible est que la nature suggère à la raison humaine (à la raison de tous les hommes dignes de ce nom) les règles de l'irréductible droit naturel.

Une telle conception s'approche sensiblement de la conception positiviste qui est la nôtre. En effet, ce qu'on peut *positivement* constater, c'est que l'esprit humain (disons ici la raison) est, en principe, identique, et que la nature l'est aussi. Par suite, les hommes peuvent déduire de la nature, et conformément à leur raison, des règles juridiques identiques. Mais alors comment ne pas conclure que ces règles sont, en fait, la création de l'esprit humain travaillant sur la nature ? — Cette conclusion pourrait être tirée, à la rigueur, de la conception de Gény ainsi « laïcisée » et « minimisée ». Mais nous, restant positivistes, répétons-le, nous ne savons pas si le droit naturel est une création humaine ou s'il ne l'est pas.

existe aussi en dehors de la conscience (364). Nous savons bien que le sensualisme est, philosophiquement, indéfendable, nous reconnaissons aussi que l'essence de la valeur est idéale, son contenu est un *objet idéal*; mais de tout cela il ne nous semble pas permis de conclure *positivement* à l'existence d'une valeur objective, indépendante de l'homme (v. N° 25).

Du point de vue *positiviste*, la justice est une notion purement humaine, notion qui n'est pas donnée dans la nature des choses, mais dans la nature de l'homme. Du reste c'est ce qu'affirme pleinement l'école, surtout M. Le Fur, qui insiste plus particulièrement sur ce fait que la justice est le donné premier de la raison humaine. La justice, étant une notion *humaine*, est indéfiniment variable, si variable, comme le souligne M. Gurvitch, qu'elle est peut-être la plus variable de toutes les valeurs. Ce qui est juste pour moi, ne l'est pas pour toi, et alors comment savoir qui de nous deux a raison ? M. Le Fur déclare que le conflit entre les conceptions différentes de la justice est insoluble sans l'affirmation d'une justice *objective*, qui, seule, peut mettre d'accord la majorité et la minorité (365). Mais il s'agit justement pour nous de savoir comment cette justice objective est possible lorsqu'on dit qu'elle est une notion purement humaine, ou mieux, comment les hommes peuvent découvrir cette justice et être certains qu'ils l'ont découverte vraiment. Car, la justice a beau être objective, elle ne peut pas nous être montrée autrement que dans notre conscience, et là elle se montre différente selon les consciences. L'école répond que, de même que la vérité scientifique objective existe, quoique les hommes qui ne l'ont pas découverte diffèrent dans sa formulation, il existe aussi la vérité juridique, la justice objective et elle est accessible aux hommes, ils peuvent la connaître. Même selon M. Le Fur « il n'y a pas d'erreur universelle en morale, précisément parce qu'elle est un objet de conscience et non de science, je ne dis pas quant aux applications, mais dans ses premiers principes » (366). Pourtant devant le fait que nos opinions sur ce qui est juste ne concordent pas, nous ne voyons pas de moyens pour nous montrer qui a

(364) Dans le sens nettement affirmatif sont M. Le Fur et M. Régla-
de aussi : *op. cit.*, comp. aussi Verdross : *Le fondement du droit international*
(dans « Recueil » de La Haye, 1927, t. I.), p. 284.

(365) V. Le Fur : *La théorie du droit naturel*, p. 385.

(366) Le Fur : *Les grands problèmes*, p. 187.

raison. Nous voyons bien la réplique : on peut dire que les hommes ne sont pas également capables de découvrir la vérité objective, et que cette incapacité n'est pas la preuve que la vérité n'existe pas. C'est vrai, mais il reste toujours de trouver un critérium pratiquement utilisable qui nous permettrait de désigner un droit objectif. Nous traiterons ce problème dans le chapitre III, nous croyons que, quant aux jugements de valeurs proprement dit, ce critérium, du point de vue positiviste, ne peut pas être trouvé en dehors de ce qu'on appelle « le consentement universel ».

La grande difficulté à laquelle le droit naturel se heurte, c'est, donc, l'impossibilité, du point de vue positiviste, de *prouver* qu'une règle juridique donnée est vraiment du droit objectif. Le droit objectif, s'il existe, ne se montre à l'homme autrement qu'à travers sa conscience, et les conceptions qui se trouvent dans ces consciences diffèrent souvent. Nous pouvons conclure, avec M. Aillet, que « chaque fois que les hommes réalisent ainsi et hypostasient un ordre transcendant, (il) est à craindre que, loin d'avoir reçu message de l'Absolu, ils essaient de donner figure à ce qu'ils croient être les forces spirituelles de l'univers pour y incarner — et par là consacrer — leurs préjugés et leurs passions » (367).

107. — Et, pourtant, il y a là une chose qui est acceptable. M. Le Fur surtout insiste sur le fait que la justice est un *donné premier* de la raison humaine, une notion *a priori*. En effet, en laissant de côté la question de l'existence d'une justice *objective*, l'on peut admettre la généralité de la notion de justice qui fait d'elle, en quelque sorte, une notion *a priori*. La justice ainsi conçue serait une catégorie de notre pensée même. Les hommes en général ont la notion de la justice. Cette notion ne peut être totalement dépourvue de contenu, car si elle n'avait aucun contenu, elle n'existerait pas, elle ne pourrait pas être déterminée, identique toujours à elle-même. La justice n'est donc pas une forme vide, comme la concevait Stammler, elle est une notion matérielle, qui a son contenu déterminé par qui elle est déterminée elle-même. Ce contenu de la justice peut bien être *cuique suum*, ou un autre, mais il est toujours le même, puisqu'il est nécessaire qu'il y ait quelque chose de commun dans les situations que les hommes considèrent comme justes,

(367) Aillet : *op. cit.*, p. 50.

comme ressortissant au droit. C'est dans ce sens que Del Vecchio parle de la « juridicité » (368), qui est ce qui caractérise le droit, sa forme, et M. Aillet de la conformité du droit naturel à la nature même du droit (369). En effet, en tant que la justice représente la valeur essentielle que réalise le droit (et elle la représente, d'après l'opinion à peu près universelle), elle est la marque distincte du droit, elle est son essence même; et en tant que le droit naturel s'identifie avec le droit juste, avec la justice (et il s'identifie, selon l'école même), le droit naturel est admissible, il est incorporé dans tout droit.

Mais ici une nouvelle difficulté se présente. La justice a un contenu, nous l'avons dit. Ce contenu, pourtant, est très général, si général, qu'on ne peut pas admettre qu'il est toujours si bien défini, qu'il peut déterminer une règle juridique concrète. Qu'il faut donner à chacun le sien, c'est admissible; que le droit le fait, que le droit, pour être un droit juste, le doit faire, et que le droit qui le fait est un droit naturel, tout droit qui le fait, — tout cela nous l'admettons. Mais voici deux règles juridiques concrètes et opposées, laquelle d'elles est juste? Celui qui adopte la première règle affirme que c'est cette règle qui donne exactement à chacun le sien; son adversaire affirme le contraire. Comment résoudre la difficulté? La notion générale de la justice se montre manifestement impuissante, une justice abstraite à un tel degré ne peut pas déterminer les règles concrètes. M. Le Fur et M. Gény répondent que cette notion de justice peut être concrétisée, si concrétisée qu'elle nous donne des règles concrètes et en même temps objectives, immuables, valables universellement. Ici viennent les trois règles de M. Le Fur. Nous croyons pourtant que la justice, qui, comme abstraite, est donnée *a priori* à notre raison, ne peut être concrétisée

(368) Dans quelques pages admirables, Del Vecchio (*op. cit.*, pp. 179-195, 336-337) nous montre le rôle impérissable de l'idée de la Justice. Nous croyons que ses explications sont irréfutables. Le droit est, d'après lui, une vérité métaphysique, non physique, nous servant de critérium pour juger les phénomènes. La *forme* du droit — consistant dans le critérium du *juste* — est une idée *a priori*, donc universelle et immuable, car dès que nous constatons pour deux phénomènes différents, *x* et *y*, qu'ils ressortissent au droit, c'est que nous constatons une identité entre eux, identité qui doit, donc, être donnée avant eux, et qui est précisément la *forme* du droit, le juste. — La même pensée, nettement exprimée, et basée sur la philosophie d'Aristote, se trouve aussi chez B. S. Markovitch, notre éminent professeur (v. *op. cit.*, p. 131). Dans le même sens que peut être prise l'affirmation de M. Gurvitch que la justice constitue le Logos du droit, son essence.

(369) V. Aillet : *op. cit.*, pp. 37-39.

comme le fait M. Le Fur, et rester en même temps universelle et immuable. La critique de M. Gurvitch et de tant d'autres, que la justice ne peut pas nous donner des règles immuables, invariables, que le droit naturel manque de précision, qu'il n'est pas complet, est, donc, justifiée. Il faut l'examiner.

Il y a tout d'abord une constatation à faire : quoique, théoriquement, la question de savoir s'il y a des règles juridiques universelles et invariables soit très importante, pratiquement, elle ne l'est pas. Pratiquement, il suffit de constater l'existence de certaines règles qui sont à l'heure actuelle valables, adoptées par tous, et il faut, en outre, se demander quelle est le fondement de ces règles. De ce point de vue, l'affirmation de M. Gurvitch que les trois règles de M. Le Fur ne sont pas universelles et immuables, qu'elles sont le produit d'une civilisation développée, importe peu ; ce qui importe, c'est la constatation que ces règles sont, à l'heure actuelle, universellement adoptées, — et personne ne peut le nier.

Quant au fondement de ces règles, du point de vue positiviste, il suffit cette adoption universelle.

Mais il y a une autre question : ces trois règles, même si elles sont tirées directement de la notion de Justice, ne sont pas suffisamment concrètes, ne peuvent pas nous fournir tout le contenu, si riche, du droit positif. « Le droit naturel nous dira-t-il si le contrat a toute puissance ou si le juge a le pouvoir de le reviser, si l'injustice usuraire est une cause de nullité de la convention... Voilà des problèmes fondamentaux. Sur certains de ces problèmes la dispute dure depuis des siècles... Ceux qui défendent le droit existant ou réclament le droit de demain font pareillement entendre que leurs désirs sont dictés par la justice » (370). Ces règles, donc, doivent, elles aussi, être concrétisées, la Justice objective doit être concrétisée. Et M. Géný lui-même reconnaît que, lorsqu'il s'agit de préciser à quoi chacun peut prétendre, l'objectivité absolue disparaît, et la diversité d'opinions apparaît. Au fur et à mesure qu'on descend du « juste objectif » aux « étages inférieurs » de la justice, celle-ci perd de son objectivité et de son évidence rationnelle (371). « Quand on ramène l'irréductible droit naturel à l'idée de justice, quel secours peut-on attendre pour l'élaboration du droit positif d'une idée aussi

(370) Ripert : *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 431.

(371) V. Géný : *Science et technique*, t. II, p. 392 et suiv.

vague ?... Nous ne constatons jamais que des formes changeantes du droit et de la justice, et c'est précisément pour cela que chacun de nous, essayant de réaliser l'idéal auquel il croit, lutte pour que la règle de droit soit conforme à cet idéal » (372). Dans cette concrétisation nécessairement subjective, réside la plus grande faiblesse du droit naturel (373).

De l'idée d'un droit objectif à base d'une justice objective, défendue par le droit naturel, on peut retenir que le droit doit toujours réaliser la justice, donner à chacun le sien, et que ce qu'il faut donner à chacun doit être déterminé séparément dans chaque cas concret selon l'idée qu'on a de la justice. Le droit qui correspond à cette notion de justice peut être proclamé pour le droit objectif, celui qui n'y correspond pas ne l'est pas. Comme à chaque moment donné il n'y a pas sur toutes les questions une même opinion généralement admise, nous aurons deux cas : 1° sur une question il y a une opinion *universellement admise* — alors le droit doit se conformer à cette opinion sur ce qui est juste, et ce sera un droit objectif (ce cas constitue ce que l'école nomme « fin intermédiaire » universellement reconnue); 2° *cette opinion n'existe pas*, et alors le droit naturel ne peut pas nous fournir le critérium, puisqu'il ne nous donne pas le moyen de connaître la justice objective dans chaque cas concret.

Le résultat précieux donné par l'école du droit naturel est, donc, l'affirmation qu'il y a des principes, des « fins intermédiaires », universellement admis, représentant un droit objectif, droit qui peut être proclamé objectif aussi du point de vue positiviste. Ce résultat, quoiqu'il ne donne pas un droit objectif *complet*, n'est pas négligeable, et nous verrons qu'il doit être pris comme base pour l'élaboration d'un droit objectif (du point de vue positiviste).

(372) Ripert : *op. cit.*, pp. 28-29.

(373) Cette subjectivité provient, en fait, de l'impossibilité, du point de vue positiviste, de trouver un jugement de valeur objective. M. Toutsakovitch a aussi bien senti que c'est là la critique principale qui peut être dirigée contre l'école du droit naturel, et il promet de la réfuter (v. Toutsakovitch, *op. cit.*, pp. 147-148), mais il nous semble qu'il n'a pas réussi (il dit seulement que la vérité objective existe parce qu'elle correspond à la réalité : *op. cit.*, pp. 159-160); or, il s'agit justement de prouver cette correspondance. Y a-t-il une *réalité* lorsqu'il s'agit des jugements de valeur, réalité objective, indépendante de l'homme, ou, au contraire, cette réalité est-elle subjective, donnée dans la conscience humaine seule ?

De même, l'école du droit naturel a toujours souligné le rôle éminent que, dans la découverte du droit objectif, joue l'élite, surtout la science. Cela est aussi très important, et doit être utilisé.

§ 2. — *Les théories sociologiques*

108. — I : *La théorie de Duguit*. — De même que l'école du droit naturel s'oppose à un positivisme exagéré, de même Duguit a essayé de donner une théorie du droit objectif, pour l'opposer au positivisme juridique qui ne reconnaît pour droit que le droit étatique. Duguit ne pouvait pas admettre que l'Etat, — qui, en fait, selon lui, n'est qu'un groupe de gouvernants n'ayant rien de supérieur — dicte seul le droit, droit qui ne pourrait pas être contrôlé par un autre droit. Duguit voulait donc trouver un droit objectif, non étatique, qui pourrait être opposé au droit étatique. Considérant que le droit naturel relève de la métaphysique, il ne voulait pas accepter la conception du droit naturel. Et il trouva dans le droit social (374) ce droit véritable, le droit qui n'était pas dépendant de la métaphysique mais était un droit émanant des faits réels, sensibles, et qui était efficient et complètement capable de limiter le droit étatique.

Duguit donc est essentiellement un dualiste : pour lui, il y a deux sortes de droit : un droit *étatique*, produit des gouvernants, formel, ce que les positivistes considèrent uniquement comme étant du droit, et un droit *social*, produit de la société, qui, le plus souvent, n'est pas formel, qui est très vague, et ne contient que quelques principes seulement, de même que le droit naturel. Le droit étatique n'est pas le fondement du droit social, c'est le contraire qui est exact, seul le droit social est le vrai droit, le droit étatique ne doit que bien exprimer le droit social. Si le droit étatique est contraire au droit social, il n'est pas un droit bon, mais un mauvais droit, qui doit être changé, si besoin est, même par la révolution.

(374) Sur la base de la conception durkheimienne de la conscience collective, Davy a essayé de fonder un droit social objectif. Serait le droit objectif le droit-émanation de la conscience collective, dépositaire de l'idéal objectif. Nous avons critiqué la conception de la conscience collective et de l'idéal social objectif — deux notions sur lesquelles se base la conception de Davy — et c'est pourquoi nous ne voulons pas la traiter ici.

Il est évident donc que le droit social joue le rôle du droit objectif, il sert de modèle au droit étatique (375).

Pourquoi le droit social est-il le droit objectif, et pourquoi le droit étatique ne l'est-il pas, mais doit au contraire se conformer au droit social ? C'est parce que, selon Duguit, le droit n'est pas un phénomène étatique, mais un phénomène essentiellement social (376). Nous avons déjà parlé de cette conception de Duguit. Selon lui, il y a un phénomène social essentiel, c'est la solidarité. De la solidarité découlent toutes les normes sociales, dont une espèce est aussi la norme juridique. La norme juridique n'est qu'une norme sociale, dont la société, selon les sentiments de solidarité et de justice, pense qu'elle doit être revêtue de la sanction collective organisée (377). Le droit ainsi devient le produit du groupe social donné, le produit de sa conception de solidarité et de justice, produit de croyance sociale. Le droit a un fondement réel, c'est la solidarité, qui est un fait s'imposant nécessairement ; mais, quoique la solidarité soit un fondement véritable et réel, le droit n'existe pas hors de la conscience des membres du groupe social, et en réalité le droit sera tel qu'est leur interprétation de la solidarité-fait. Ce qui est encore fondamental dans la conception de Duguit, c'est que le droit est un phénomène *social*, c'est-à-dire qu'il doit exister dans la masse des consciences individuelles (378). Ce que la masse croit, c'est du droit. Le droit est la croyance de la masse. Ainsi, donc, le droit est un phénomène social, c'est un produit de la société, de la masse des individus, et de la masse inorganisée, non pas de la masse organisée. L'Etat n'est, pour Duguit, qu'un petit groupe social, qu'il appelle gouvernants ; évidemment, ce ne sont pas les gouvernants qui créent le droit, c'est la masse tout entière des gouvernés. L'Etat, donc, n'a qu'à *constater* le droit, à le formuler, non pas à le créer. Le droit étatique n'est pas du droit parce qu'il est édicté par l'Etat, mais parce qu'il est créé par la société, et seulement en tant

(375) Comp. Tassitch : *Le réalisme et le normativisme dans la science juridique*. (« Revue internationale de la théorie du droit », 1926-27, pp. 165-182), p. 169.

(376) Comp. Gurvitch : *L'idée du droit social*, p. 614.

(377) V. Duguit : *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, pp. 23-25, 101-109; *Traité*, t. I, p. 81 et suiv., p. 144.

(378) *Ibid.* : *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, pp. 102-103 ; *Traité*, t. I, pp. 81, 115.

que créé par elle. Un droit étatique, contraire au droit social, n'est pas du droit, mais c'est une apparence de droit (379). Le dualisme revient au monisme (380).

Et pourtant, il y a un rôle très important que Duguit assigne à l'Etat. La masse sociale, en effet, ne peut engendrer qu'un droit fort imparfait, elle ne peut concevoir que quelques principes fort généraux du droit. La vie moderne, avec une solidarité très complexe, par suite de la plus grande division du travail, exige un droit technique parfait, un droit fort compliqué, tellement compliqué que la masse ne peut pas l'élaborer, ni le réaliser, sans une organisation étatique. C'est cette tâche énorme de la construction d'un droit technique, détaillé, sur la base du droit social, imprécis et se ramenant à quelques principes fondamentaux, que doit remplir l'Etat. Ainsi Duguit est arrivé à sa distinction fondamentale entre les règles *normatives*, élaborées par la société, constituant le droit social, et les règles *constructives*, élaborées par l'Etat, règles qui ne font que concrétiser les règles normatives, en assurer l'application, en organiser la sanction collective (381). Cette distinction joue le même rôle non pas — comme l'on pense, nous le croyons, à tort — que la distinction de Gény entre le *donné* et le *construit*, — quoiqu'il y ait là quelque part de vérité aussi, — mais que la distinction que fait le droit naturel entre les principes généraux invariables et leur application par ce que M. Le Fur appelle *droit rationnel*. A cet ensemble des règles normatives, Duguit donne le nom de *droit objectif*, et tout son livre *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* est consacré à l'exposé du droit objectif. Ce droit objectif est seul obligatoire, le droit étatique n'est obligatoire qu'autant qu'il réalise le droit objectif, la règle normative (382) et la masse a le droit de résistance à l'oppression si le droit étatique viole le droit social objectif.

(379) V. *Traité*, t. I, p. 97.

(380) Duguit dit expressément (*op. cit.*, p. 171) que le dualisme est inadmissible, le droit n'étant que ce qui existe dans la société, non ce qui existe dans les lois.

(381) *Ib. op. cit.*, t. I, pp. 106-108.

(382) *Ib.* : *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, pp. 426, 539, 544 ; *Traité*, t. I, pp. 176, 674-676.

109. — Le droit social objectif de Duguit, étant un produit de la masse, un phénomène de croyance, est un droit essentiellement changeant, il n'a pas de principes éternels, invariables, valables universellement (383). C'est la raison principale pour laquelle Duguit rejette la conception du droit naturel : le droit naturel est, au moins dans ses quelques principes fondamentaux, un droit éternel, invariable (384). Et pourtant, il y a un élément stable dans le droit, un élément invariable, universellement valable : le droit est toujours un essai de réaliser la solidarité sociale, cette réalisation est un idéal juridique, et toutes les règles juridiques se basent sur la solidarité, tirent leur force obligatoire de la solidarité, solidarité qui reste leur âme, quoiqu'elles soient changeantes et variables à l'infini (385).

Il est intéressant que Duguit a été amené d'accepter ainsi un fondement invariable du droit, comme la solidarité et la justice. Cela prouve ce que nous avons déjà dit à propos du droit naturel : le droit est une notion définie, qui, pour se distinguer des autres notions, doit nécessairement avoir son contenu stable et invariable à travers toutes les variations de ses règles concrètes, et, dans ce sens, ce contenu a un caractère de la notion *a priori*. Le droit naturel a proclamé pour ce contenu invariable la justice, Duguit y a ajouté la solidarité.

Duguit se serait certainement défendu contre cette accusation d'apriorisme, en invoquant que la solidarité est un fait extérieur qui s'impose à tous et n'est pas plus une notion donnée *a priori* que ne le sont tous les autres faits. Nous n'admettons pas que la solidarité, en tant que fondement de l'obligation juridique, soit un fait, et nous avons essayé de le prouver en critiquant la conception de la force obligatoire dans la théorie de Duguit, mais même en admettant ici que la solidarité soit un fait, nous demandons si la justice elle aussi n'est qu'un fait extérieur s'imposant à nous comme tel, ou si elle est une idée ; et si elle est une idée pourquoi elle ne serait pas une idée *a priori* dans le sens dont nous parlions, puisque selon Duguit lui-même, elle est l'élément stable, toujours pré-

(383) *Ib.* : *L'Etat, le droit objectif*..., p. 99 ; *Traité*, t. I, pp. 116-119, 123.

(384) *V. ib.* : *L'Etat*, p. 100.

(385) *V. ib. op. cit.*, pp. 98-99, 100 ; plus tard, en admettant le sentiment de justice, Duguit introduit aussi la justice comme un élément invariable du droit.

sent, de tout droit social objectif. Le droit objectif de Duguit donc a deux éléments invariables : solidarité et justice, et tout droit qui ne réalise pas ces deux valeurs est un droit mauvais, ou mieux n'est pas du droit. Bien entendu, Duguit souligne fortement que, une justice objective n'existant pas, la justice est l'opinion de la masse sur ce qui est juste, donc, essentiellement variable. Nous admettons cette conception, sous une atténuation seulement : selon Duguit la justice n'est que la justice de la masse ; pour nous, toute opinion sur ce qui est juste est aussi une justice, et non pas seulement l'opinion de la masse. La justice est une notion individuelle, propre à chacun de nous.

Duguit nous donne aussi quelques exemples des normes du droit objectif, des règles normatives. Pour nous montrer qu'elles sont variables avec la variation des conceptions de la solidarité et de la justice, il nous cite l'élaboration d'une nouvelle règle normative dans ces derniers temps : c'est par exemple la règle de la responsabilité objective, au lieu de l'ancienne règle de la responsabilité pour faute (386). Puis il cite le code napoléonien qui, selon lui, si l'on ne tient pas compte du droit familial, ne contient que trois normes seulement :

- 1° respect des conventions,
- 2° respect de la propriété,
- 3° réparation des dommages causés (387).

En *droit constitutionnel* il trouve une seule règle normative : l'Etat doit s'organiser de telle manière que le droit social objectif soit toujours respecté par l'Etat (388). Tout le droit constitutionnel n'est que le développement et la réalisation de cette règle normative du droit objectif, de même que le droit civil n'est que la réalisation des trois règles citées. Le droit constructif, les règles techniques élaborées par l'Etat, étant les règles de réalisation, se rapportent en général à l'emploi de la force publique. L'Etat est précisément un

(386) V. *ib.* : *Traité*, t. I, p. 178.

(387) V. *ib. op. cit.*, t. I, p. 109. — Dans *L'Etat, le droit objectif* (p. 561), Duguit ramenait le code civil tout entier à *quatre règles* : les règles citées sous nos 2° et 3°, et encore la reconnaissance de la capacité civile et familiale de l'individu. — Il est intéressant aussi que des trois règles citées, deux sont identiques avec les règles du droit naturel, formulées par M. Le Fur.

(388) V. *ib.* : *L'Etat, le droit objectif...*, p. 317.

phénomène de la force, donc un phénomène de fait, provenant de ce besoin (que la société ressent) de réalisation du droit social objectif, réalisation qui n'est pas possible sans un monopole de contrainte, de la force; ce monopole, c'est l'Etat (389).

110. — Ainsi apparaît, sommairement expliquée, la conception de Duguit. Il nous reste à l'examiner. Elle renferme, en fait, une contradiction intérieure qui nous semble insoluble. D'une part, Duguit fonde le droit sur le fait de solidarité, en déclarant que ce n'est pas la masse des consciences individuelles qui crée la norme, mais le fait de solidarité (390), d'autre part, il dit que c'est un état de conscience qui est la source véritable de la norme (391). Cela est bien une contradiction (392), car si c'est le fait de solidarité qui crée le droit, alors cela signifie qu'il existe un droit objectif, et un seul droit objectif, répondant parfaitement à la solidarité, la réalisant parfaitement, et ce droit objectif est un droit absolument objectif, de même genre que le droit naturel, puisque ces deux droits existeraient également indépendamment de l'homme; et la seule différence entre ce droit social objectif de Duguit et le droit naturel serait que le droit naturel lie l'existence du droit objectif à Dieu, et Duguit à la solidarité, au fait social, — mais même cette différence s'efface si l'on tient compte du fait que l'école du droit naturel, tout en liant le droit à Dieu, ne conteste pas que cette liaison s'opère par l'intermédiaire des faits, — que Dieu a créés aussi, — le droit naturel correspond lui aussi aux faits (la différence serait donc en ce que l'école du droit naturel va plus loin que

(389) V. *ib.* : *Traité*, t. I, pp. 107-108.

(390) Duguit dit : « Je n'ai pas dit que la masse des consciences individuelles crée la norme juridique ; j'ai dit, ce qui est tout différent, que la norme juridique, comme toute norme sociale, est le produit du fait social, mais que nous ne pouvons la saisir qu'en apercevant la réaction sociale qu'entraîne sa violation... La norme sociale n'est pas autre chose que la loi *inhérente* au fait social, qui détermine l'attitude... que doivent prendre tous les membres du groupe pour que celui-ci et les individus qui le composent puissent vivre... » (*Traité*, t. I, pp. 84-82).

(391) « C'est l'état de conscience, précédemment décrit, qui est *finalment* la source *créatrice* du droit. Deux facteurs *essentiels* contribuent à le former : deux *faits* que j'appelle le *sentiment* de la solidarité et le *sentiment* de la justice » (*op. cit.*, t. I, p. 115). — Il ne s'agit donc plus ici de solidarité-fait *matériel*, mais de solidarité-fait de conscience, d'un *sentiment*, d'un phénomène essentiellement *subjectif*. — Comp. Dabin : *op. cit.*, p. 119.

(392) Comp. Piôt : *op. cit.*, p. 30. — elle constate la même contradiction.

Duguit, en cherchant la cause première de la solidarité et des faits, tandis que Duguit se contente des causes intermédiaires).

Il y a, en effet, encore une différence, mais celle-ci n'est pas si essentielle pour ce que nous voulons constater ici : l'existence d'un droit objectif indépendant de la volonté humaine; cette différence consiste en ce que l'école du droit naturel est statique en tant qu'elle admet l'existence de quelques principes juridiques invariables, en tant donc qu'elle considère que la nature des faits reste, dans une partie, toujours la même, tandis que Duguit n'admet pas l'existence de tels principes (il ne faut pas oublier naturellement ce que nous avons dit d'un élément stable que Duguit aussi admet comme l'école du droit naturel dans la notion du droit; la différence se ramène ainsi à ce que l'école du droit naturel admet un plus grand nombre de principes invariables que Duguit, — mais, enfin, c'est une différence quantitative, non qualitative).

Nous verrons qu'un disciple de Duguit, M. Scelle, en appliquant conséquemment le principe de Duguit que le droit découle du fait de solidarité, est arrivé à une conception du droit objectif indépendant de l'homme, tout à fait proche de la conception du droit naturel. — Duguit pourtant ne veut pas développer logiquement cette première proposition, qui est fondamentale, en fait, pour lui, et arrive à sa seconde proposition, que le droit n'est qu'un phénomène de la croyance des masses, un phénomène purement psychique et subjectif, sans le moindre fondement objectif. Le fondement du droit ainsi n'est plus le fait de solidarité, mais la représentation que la masse se fait de la solidarité (et de la justice). Il est évident que ce fondement n'a rien d'objectif, que toutes les croyances sont objectives au même degré, que le droit objectif dans le sens d'une existence indépendante de l'homme ne peut pas ainsi exister. Et pourtant, si l'on admet cette deuxième proposition, alors la première proposition n'a plus aucun sens, aucune signification, elle peut être éliminée de la doctrine de Duguit. Duguit l'a, du reste, lui-même déclaré. Mais quoique Duguit ait déclaré que l'explication du droit par le fait de solidarité n'est qu'un essai d'explication et que le principal est que le droit est un phénomène de la croyance de la masse, nous croyons que toute la doctrine de Duguit est si fortement imprégnée du fait de solidarité même (et c'est, en somme,

sa grande innovation apportée à la science juridique) qu'on n'a pas le droit d'éliminer ce fait (alors, la doctrine elle-même serait totalement modifiée), qu'il faut chercher une solution permettant de concilier ces deux propositions fondamentales de Duguit.

Cette solution est la suivante : le droit existe objectivement, parce qu'il découle du fait de solidarité, mais ce droit, pour devenir une réalité, pour être appliqué dans la vie sociale, doit être découvert et formulé en règles concrètes, — et c'est la masse qui découvre ce droit et le formule. Cette formule alors serait presque la même que celle du droit naturel : connaissance subjective d'un phénomène objectif.

Mais si cette solution est possible, on ne voit pas pourquoi elle serait exacte, pourquoi le droit objectif est un droit découvert uniquement par la masse. Dès qu'il s'agit de la constatation, l'on ne peut pas prétendre que la masse seule est capable de faire cette constatation (ou, si l'on le prétend, il faut encore le prouver aussi), et il y a tout lieu de croire alors que c'est plutôt l'élite, ou la science, — comme le dit l'école du droit naturel, et, nous verrons, aussi, tout logiquement, M. Scelle, disciple de Duguit, — qui est capable de cette constatation. Ainsi, on pourrait prétendre que, au contraire, c'est l'Etat qui peut le mieux constater le droit objectif, surtout si l'on tient compte de la conception de Duguit selon laquelle l'Etat n'est qu'un groupe de gouvernants, donc des hommes, qui sont aussi soumis à la solidarité, qui la sentent aussi bien que les gouvernés. Une seule réponse serait possible contre cette solution (en dehors de celle qui consisterait en la preuve que la masse seule, et non pas l'élite ni l'Etat, est capable de constater le droit objectif, preuve que nous croyons impossible), celle qui dirait que le droit étatique serait un droit inefficace, qu'il faut que ce droit soit adopté par la masse, pour qu'il soit efficace, — et dans cette réponse il y a du vrai, nous le croyons, mais il resterait encore possible, que l'Etat, après la découverte du droit objectif, le fasse accepter par la masse à l'aide de l'éducation, de la contrainte, etc.

Il ne reste donc rien pour éviter cette contradiction, et la doctrine de Duguit se développe comme si la croyance de la masse était le fondement primordial du droit. Mais ainsi la doctrine perd toute sa signification, car elle ne peut plus assurer l'objectivité de son droit social prétendu objectif. En effet, si le droit ne repose pas sur

un fait objectif tel que la solidarité, mais sur nos conceptions de ce fait, pourquoi alors faut-il admettre que seule la conception de la masse serait objective, correspondrait à un idéal, qui doit être suivi par l'Etat, et non pas la conception étatique. Les conceptions sont toutes de même valeur, si elles ne correspondent pas à un objet « objectif » dont elles partent, et si elles y correspondent, c'est l'hypothèse précédente, que nous avons déjà examinée et dont s'ensuit aussi que la conception de la masse n'est pas nécessairement meilleure que celle de l'Etat. Il fallait que Duguit prouvât que la masse a plus de valeur que le groupe de gouvernants, pour que seule la croyance de la masse soit admise comme objective, ou qu'il dît que, devant les différences d'opinions, c'est la majorité, la masse, qui a raison, non la minorité. Ainsi, le droit objectif serait ramené à une question de nombre, absurde solution qu'a avec une grande force dénoncée plus particulièrement M. Le Fur (393). Duguit s'est bien gardé pourtant de reconnaître que la majorité a raison, et la contradiction de sa doctrine reste tout entière. Duguit donc n'a pas pu nous convaincre que, dans le conflit entre le droit étatique et le droit social, c'est le droit social qui doit être proclamé pour objectif.

141. — Mais le conflit entre le droit étatique et le droit social s'amointrit singulièrement par suite de la « minimisation » du droit objectif par Duguit. En effet, selon Duguit, le droit objectif se ramène à quelques principes essentiels, qui sont universellement admis dans un groupe social, c'est-à-dire admis aussi bien par les gouvernants que par les gouvernés. En ce qu'ils sont généralement admis, à la presque unanimité, Duguit, semble-t-il, voit leur objectivité (quoique, évidemment, ce n'est pas un critérium rationnel pour l'objectivité). Mais alors, puisqu'ils sont si généralement admis, quelles raisons a-t-il de croire que l'Etat va violer ces principes essentiels ? — Aucune. Les cas où ces principes universellement admis sont violés, sont extrêmement rares, et alors il y a des révolutions, le droit social se venge. Mais alors pourquoi insister si puissamment sur la prétendue limitation de l'Etat par le droit objectif, comme le fait Duguit, quand cette limitation, en fait, joue très rarement. Ces principes, de même que ceux du droit naturel, même s'ils sont objectifs (ce qu'il faut prouver), ne sont pas suffisants, pour nous fournir un droit véritable, un code « complet ».

(393) V. Le Fur : *Les grands problèmes*, chap. qui traite de « Duguit et droit objectif ».

Ce qu'on doit reprocher à Duguit, c'est que sa conception, quoique basée sur la sociologie positive, sur l'observation des faits, est trop simpliste, ne tenant pas suffisamment compte de la complexité de la réalité. En effet, il existe non seulement un droit social objectif, et un droit étatique, mais encore une multitude de droits sociaux. Autant de groupes sociaux, autant de conceptions de droits, autant de systèmes juridiques particuliers. Ainsi, il faut trouver un droit objectif parmi tant de systèmes juridiques, ou à l'encontre de tous les systèmes, Duguit ne l'a pas vu, ou, probablement, n'a pas cru devoir attribuer de l'importance à ce fait. Et pourtant ce fait est essentiel, et cela du point de vue même de Duguit. Car selon Duguit, le droit est un fait social, une croyance des masses. Si les masses sont divisées, sinon en principes généraux, au moins en application de ces principes, application qui comprend presque tout le droit, comment définir, et pourquoi ne pas définir, quelle croyance est la meilleure ? On ne peut poser comme existant un droit social *unique*, alors que, en réalité, il est divisé. Ou peut-être Duguit veut-il dire qu'il n'est du droit que ce que la masse tout entière croit l'être. Mais alors ce serait insuffisant pour régler la vie.

Ainsi Duguit n'a pas réussi à nous fournir un droit objectif à base sociologique ou, pour mieux dire, il n'a pas réussi à nous donner un droit social complet. Pourtant, il faut savoir gré à Duguit pour son essai de fonder le droit sur une base sociale, nous allions dire « positive » et non métaphysique. Le droit naturel a essayé de nous donner un droit naturel à base métaphysique, mais devant l'opposition de ceux qui ne croient pas à la métaphysique, l'école a été contrainte de descendre elle-même aux principes généraux du droit acceptés universellement, ce qui ne doit pas nécessairement paraître objectif. Il faut essayer donc de trouver un droit objectif à base positive non pas parce que la métaphysique est périlleuse, mais parce que tout le monde ne parle pas le langage métaphysique. Pour instituer un langage commun, il faut se servir de notions évidentes pour tous, de faits observables, « palpables », pour ainsi dire. C'est ce qu'a essayé Duguit. Il a nettement reconnu que, lorsqu'il s'agit de nos conceptions, soit de solidarité, soit de justice, elles sont différentes, et souvent juxtaposées; qu'on ne peut pas savoir quelle est la meilleure parmi ces conceptions; qu'il faut s'en tenir à un seul fait positif, à ce qui est admis universellement, et le considérer comme objectif. C'est le sens vrai, croyons-nous, qu'il

faut tirer de l'opposition de Duguit contre l'accusation qu'il a ramené le droit objectif à la majorité, quoique nous croyions nous-mêmes, avec les accusateurs, qu'il l'a fait. Ce qu'il s'est défendu de l'avouer, c'est le signe qu'il a vu lui-même que la majorité n'est pas un critérium suffisant pour l'objectivité et que, positivement, il n'y a pas d'autres critères que l'unanimité. A ce point de vue, donc, les résultats pratiques auxquels sont arrivés aussi bien l'école du droit naturel que Duguit sont identiques, ce qui nous autorise à les croire corrects. En effet, l'école du droit naturel affirme toujours que si les hommes sont parvenus à reconnaître universellement un principe, — et ils y sont parvenus pour tous les principes du droit naturel, — c'est parce que ces principes sont objectifs, correspondent à une réalité objective (quoique ce ne soit pas nécessaire, car il est possible, mais rarement, qu'il y ait une erreur universelle); et Duguit déclare que les principes universellement reconnus sont objectifs, sans aller plus loin et rechercher le fondement de cette objectivité (que nous croyons pouvoir trouver dans l'identité de l'esprit humain, ce qui est, presque, la même chose que celle affirmée par le droit naturel, qui base son objectivité sur le donné rationnel, entre autres, c'est-à-dire sur l'identité de l'esprit humain). Nous croyons qu'il suffit de constater, avec Duguit, l'existence de l'unanimité sur certains principes, et l'objectivité positive de ces principes, sans aller chercher son fondement, et sans la fonder sur une vérité objective. Du reste, cette vérité objective, même si elle existait, ne peut être qu'une vérité humaine. Et si l'unanimité peut se tromper, comment y remédier puisque, par hypothèse, il n'y a pas, ou presque, d'opinions, c'est-à-dire de connaissances contraires ? L'erreur ne peut être connue qu'« après-coup », mais cela n'importe pas trop, car dans le droit il faut agir incessamment, et, du reste, comment reconnaître l'erreur sans agir, sans l'avoir, pour ainsi dire, expérimentée ?

112. — II : *La théorie de M. Scelle*. — Nous avons déjà mentionné cette théorie, en la confrontant avec celle de Duguit. Elle part d'une proposition de Duguit : que le droit découle du fait social et le développe logiquement. Selon M. Scelle donc, c'est le fait social qui engendre le droit, qui constitue la source matérielle du droit. Le droit est un phénomène biologique, naturel, analogue aux autres phénomènes naturels, soumis aux lois causales. C'est le droit *objectif*, que M. Scelle définit ainsi : « Le droit objectif est l'ensemble

des lois *causales* qui déterminent l'apparition, la permanence et le développement du fait social. C'est le faisceau des *conditions optima* nécessaires à l'existence de ce *fait social*, sans l'observation desquelles il ne pourrait ni naître, ni persister. Il s'agit donc bien de lois causales ou, si l'on préfère, de lois naturelles » (394). Ce droit objectif est « complètement indépendant de la volonté humaine ». Pour chaque société donnée, et pour chaque moment donné, il y a ainsi un ordre juridique objectif. Ces ordres juridiques « sont indifférents à toute appréciation subjective. *Ils sont*, seulement. On peut même dire qu'ils ont une existence immanente et éternelle, en ce sens que tout phénomène social auquel ils correspondent devait être ce qu'ils lui permettent d'être, et non autre, mais ne pourrait pas ne pas être, dès lors qu'ils existent » (395).

« Le droit positif n'est, par définition, que la *transposition sur le plan normatif des lois causales d'une société* ». Le droit positif peut être différent du droit objectif, en tant qu'il ne le traduit pas exactement (396). Le droit positif contraire au droit objectif n'obligerait pas : « La *validité du droit positif* réside, en effet, dans sa *concordance avec le droit objectif* » (397).

Ainsi, selon M. Scelle, le droit objectif ne se ramène pas à quelques principes fondamentaux, comme chez Duguit; il constitue un code complet du droit, un code que nous n'avons qu'à découvrir pour nous en servir. Même si nous ne l'avons pas découvert, il existait, et il existe. Pour chaque cas concret, il y a ainsi un droit objectif, inscrit dans les faits, issu des faits, correspondant exactement aux faits et aux besoins réels. Le droit positif s'efforce de saisir ce droit objectif, et il invente les procédures techniques les plus appropriées pour le saisir (les enquêtes, les discussions, etc.). C'est la science, selon M. Scelle, qui, en dernière analyse, doit constater si le droit positif correspond ou non au droit objectif. La conception de M. Scelle est, en effet, très cohérente et séduisante. Examinons-la :

113. — M. Scelle affirme l'existence d'un droit objectif, indépendant de l'homme, et qui tient pleinement compte de la nature des cho-

(394) V. Scelle : *Règles générales du droit de la paix*, « Recueil », 1933, t. IV, p. 348.

(395) *Ib. op. cit.*, p. 349.

(396) *Ib. op. cit.*, pp. 349, 691.

(397) *Ib. op. cit.*, p. 350.

ses, de l'homme, de la société, comme l'affirme aussi l'école du droit naturel. La différence serait seulement que M. Scelle, avec Duguit, nie l'invariabilité des principes de ce droit objectif. A cette conception nous ferons le même reproche qu'à celle du droit naturel : logiquement, il est possible qu'il existe un droit objectif, le meilleur, mais il n'existe pas aussi longtemps que nous ne l'avons pas trouvé, puisque le droit est un fait de conscience. Il est possible que nous n'ayons pas trouvé la meilleure solution, mais cette solution n'existe pas avant que nous ne l'ayons découverte. Supposer cette existence, c'est supposer, avec le droit naturel, l'existence des valeurs objectives liées à Dieu. Il n'est pas possible comme le fait M. Scelle de rester positiviste et d'affirmer l'existence du droit dans les faits, puisque le droit, étant un fait de conscience, ne peut pas exister dans les faits. Ce qui est possible, c'est d'affirmer l'existence des seuls faits, sur lesquels nous devons construire un droit objectif.

Le reproche essentiel qui doit être fait à M. Scelle, c'est qu'il ne reconnaît pas l'élément idéal dans le droit, il ne reconnaît pas que le droit a à réaliser certaines fins-valeurs, fins que les faits seuls sont incapables de suggérer à l'homme. C'est l'éternelle impossibilité de passer de l'indicatif à l'impératif. Le droit objectif, selon M. Scelle, est un droit qui est nécessaire pour l'existence de la société. Mais il faut définir cette notion de l'existence. Et puis, la société doit aussi progresser, et la direction dans laquelle ce progrès va se faire ne peut être désignée objectivement par les faits. Quoiqu'on fasse, les fins ne peuvent pas être fournies objectivement, — ce sont les hommes qui doivent les déterminer. Et sans les fins il n'y a pas de droit. Le droit objectif, tel qu'il est conçu par M. Scelle, n'est pas possible. Mais une fois en possession des fins, on peut trouver un droit objectif dans les faits eux-mêmes, et c'est la science, l'élite en général qui doit le trouver.

Nous considérons ce résultat de M. Scelle comme précieux (que le droit objectif, dans une partie, peut sortir des faits), mais nous ne pouvons pas admettre avec lui que les fins elles-mêmes ressortent des faits. Bien entendu, des faits ont toujours un rôle dans la détermination des fins, mais ce rôle n'est pas décisif (les faits nous démontrent la possibilité de la réalisation des fins).

En admettant la science comme l'arbitre entre le droit positif et le droit objectif, M. Scelle, de même que l'école du droit naturel, se base sur des considérations pratiques d'une grande importance.

En effet, la science juridique ne fait autre chose que critiquer le droit positif et chercher son perfectionnement. Assigner donc à la science le rôle de contrôle, c'est ce qui correspond au sens commun, et au bon sens, la science nous paraissant la plus objective. — Mais, pourtant, la science peut aussi tomber en erreur quelquefois. Et puis, il se pose une autre question. Tout d'abord, la question de l'aptitude de la science à découvrir le droit objectif, et ensuite, — si la science peut découvrir ce droit objectif, — la question de savoir si nous sommes capables de réaliser ce droit. La réponse de M. Scelle est évidente, la capacité humaine est un fait entrant en ligne de compte lors de l'élaboration du droit objectif. Et la réponse est bonne. Mais il faut encore ajouter que souvent, même s'ils étaient capables de réaliser ce droit, objectivement parlant, les hommes ne le voudront pas; ils ne le voudront pas, parce qu'ils ont chacun un droit propre, parce qu'ils n'adoptent pas le droit découvert par la science; et ceci nous ramène à une autre critique : M. Scelle ne veut pas regarder la vérité complexe sociale, qui nous montre la pluralité de conceptions juridiques et l'impuissance fréquente de la science. Evidemment, il y a la force et le droit objectif doit précisément être réalisé par la force. Mais la science ne peut pas disposer aisément de la force, et il s'agit toujours de ce que le droit doit être préalablement adopté par un groupe social, pour être ensuite appliqué par la force. Et cela nous amène à chercher un droit objectif réel, appuyé sur le groupe social, un droit objectif existant et réellement obligatoire, dans le sens dans lequel nous avons défini cette force obligatoire; non pas un droit objectif idéal, car tel est le droit objectif de M. Scelle, inconnu des hommes, ou connu le plus souvent par la science seule, mais qui ne peut pas pousser les hommes à la réalisation. Le droit n'est pas seulement un fait, pour être trouvé, c'est un idéal qui se réalise, qui nous mène, qui nous pousse à l'action, réellement, et cet idéal est essentiellement personnel. Le droit est un phénomène de croyance, disait le grand maître de M. Scelle, Duguit, par quoi il voulait dire, en fait, que le droit est un idéal personnel, c'est-à-dire adopté, approprié par l'individu, le poussant à l'action, — et il ne faut pas l'oublier. Duguit donc avait ici raison contre Scelle, tout en étant ainsi contradictoire avec lui-même.

114. — III : *La théorie de M. Corbu.* — Dans sa thèse (398), M. Corbu a critiqué l'école sociologique parce que son droit n'est pas suffisamment normatif, en invoquant le fameux argument d'impossibilité de passer de l'indicatif à l'impératif; et l'école du droit naturel parce que son droit n'est pas suffisamment objectif, en ce sens que nos notions de valeurs, fondement de la théorie normative du droit naturel, sont essentiellement subjectives, et ne peuvent être constatées objectivement, ce qui veut dire scientifiquement, ce qui veut dire, enfin, positivement, parce que M. Corbu conçoit la science uniquement comme science stricte, positive, non pas comme la science juridique, morale, qui n'est pour lui qu'un art, donc n'est pas objective. Après ces critiques, M. Corbu a essayé de prouver la possibilité de l'existence objective, contrôlable par la science (science qui examine non pas ce qui *doit* être, mais ce qui *est*), d'un droit qui, en même temps, serait un droit normatif. Il s'agit donc de constater scientifiquement l'existence d'un droit normatif, non pas de juger, du point de vue de la valeur, si ce droit est un droit bon ou mauvais. Ainsi, M. Corbu est arrivé à la conclusion qu'un tel droit existe, puisque le droit normatif, c'est-à-dire le droit impératif pour une société donnée, existe comme un fait scientifiquement constatable dans la société donnée. En constatant l'existence d'un tel droit, nous procédons scientifiquement, car nous *constatons* un fait, nous ne *jugeons* pas du contenu normatif de ce fait, nous constatons simplement l'existence d'un tel contenu. En somme, ce que M. Corbu veut prouver c'est ce que nous avons nommé l'existence d'un droit-fait, d'une valeur-fait. En effet, nous l'avons dit, nous pouvons constater l'existence d'une valeur qui n'est pas la nôtre, parce que cette valeur, en tant qu'existant dans une conscience, est un fait facilement constatable comme tous les autres faits. Nous pouvons aussi constater la possibilité de l'existence d'un droit-institution sociale, et c'est ce que M. Corbu a essayé de prouver.

Après avoir constaté la possibilité d'une telle constatation scientifique du droit, qui est le droit objectif, M. Corbu a fait un essai intéressant pour arriver à la notion du droit objectif, dans le sens du droit se dégageant des jugements individuels de valeurs. Ainsi, il constate l'existence d'une échelle de valeurs chez chaque

(398) Déjà citée ici : *Essai sur la notion de règle de droit en droit international.*

individu, et alors « ce qu'il y a de ressemblant, de concordant, de commun entre les hiérarchies individuelles d'impératifs (normes et règles) constitue les impératifs sociaux, normes et règles sociales » (p. 69), constitue, donc, un jugement collectif des valeurs. Mais ces jugements collectifs eux-mêmes sont hiérarchisés, et les règles juridiques sont celles qui sont jugées nécessaires pour la société. Mais par rapport à un individu, diverses sociétés sont possibles et ainsi va s'instituer une nouvelle hiérarchie des sociétés, et sera la société objective celle qui est jugée nécessaire pour la réalisation de certaines fins (l'individu instituant une échelle de sociétés nécessaires pour la réalisation de ses fins, et la hiérarchie de sociétés étant la somme commune de ces jugements individuels). Enfin, l'on vient à la définition du droit objectif : pour une société le droit est la règle nécessaire à l'existence de la société, elle-même nécessaire à la réalisation des fins premières de ses membres (page 74).

Tout cela se ramène pour nous à la constatation qu'entre les membres d'une même société il y a des jugements de valeurs *communs*, et, par suite, des règles juridiques communes. Sans doute, cela n'implique pas, selon la méthode même de M. Corbu, le jugement de valeur sur le jugement de valeur lui-même, pour pouvoir savoir si ce jugement collectif, si ce droit social commun est vraiment objectif, le meilleur ou non.

CHAPITRE III

ESSAI D'UNE SOLUTION POSITIVE DU PROBLÈME DU DROIT OBJECTIF

§ 1. — *Le problème du droit objectif et les solutions à rejeter*

115. — Ainsi, après l'examen de diverses solutions du problème du droit objectif, nous sommes amené à essayer de résoudre nous-même ce problème. Nous allons tenter de le faire, conscient de l'énorme difficulté que présente ce problème, qui est en un sens insoluble. Nous allons le faire par une méthode aussi positive que possible, c'est-à-dire en n'invoquant que des faits facilement observables et contrôlables par tous. Nous croyons que c'est seulement de cette manière que l'on peut instituer un langage commun, compréhensible par tous, car personne ne peut nier un fait observable. Aussi, tiendrons-nous toujours compte de ce que nous avons dit en conclusion de la première partie de cette étude : il nous faut chercher un droit objectif réellement obligatoire, un droit existant dans les consciences, non pas un droit purement idéal, purement normatif, qui serait ou inefficace, ou contraint à employer la force pour sa réalisation, et alors réduit à ce que nous appelons droit réellement obligatoire, car un droit ne peut reposer seulement sur la force. Notre droit objectif, donc, doit être un droit qui aura une force obligatoire *normative*, telle que nous l'avons définie dans la première partie de cette étude.

C'est pour cette raison que nous n'avons pas pu admettre la solution que fournit l'école du droit naturel et la solution de M. Scelle, solution consistant dans l'affirmation de l'existence d'un droit objectif, indépendant de l'homme. Et pourtant, c'est la seule solution possible, qui résout le problème en entier. Nous l'avons rejetée parce que le droit efficace n'existe que dans la conscience

humaine, non pas dans la nature des choses. Un tel droit, pour avoir une influence réelle sur la vie juridique, doit se trouver dans les consciences humaines, doit être adopté par les hommes; et ainsi nous sommes ramené sur le terrain positif, sur le terrain des faits, où il nous faut chercher la solution.

Sur ce terrain là, la théorie de Duguit semble donner la solution, en affirmant que le droit objectif est le droit social, le droit de la masse sociale. C'est pourtant une solution arbitraire, et, en fait, elle suppose un jugement individuel de valeurs, subjectif, en affirmant que, seul, le droit de la masse est un droit objectif. Un tel jugement, étant subjectif, ne peut pas être accepté par nous.

Un seul résultat pratique nous est donné par les théories admettant le droit objectif, résultat admis aussi bien par l'école du droit naturel que par l'école sociologique : est droit objectif le droit « universellement reconnu ». Le « consentement universel » est le seul critérium positif du droit objectif. Ce résultat (affirmé aussi, quoique sous une autre forme, par M. Corbu, après son examen détaillé qui nous inspire confiance), nous semble extrêmement précieux. Il est précieux parce qu'il est pratiquement indiscutable, il est ce que dicte le « bon sens ». Même les adversaires les plus résolus du droit naturel et du droit objectif en général, reconnaissent qu'il y a là un élément incontestablement objectif, quoiqu'ils en minimisent l'importance (399). C'est une base solide, sur laquelle nous croyons pouvoir construire notre conception.

Pour une raison semblable, nous l'avons dit, il nous faut écarter une solution aussi séduisante que la précédente. C'est la solution idéaliste, moraliste, chrétienne (v. N° 99). Elle nous propose un idéal dont, certes, l'élévation grandiose et la haute perfection ne peuvent être mises en doute, mais qui est si haut, si élevé, qu'il

(399) Comme par exemple M. Ripert : *Droit naturel et positivisme juridique* : « Sans doute, on peut se contenter d'un droit naturel révélé par les fins intermédiaires, sorte de morale courante, résultant d'une fusion des différentes croyances... mais une telle dégradation de la notion lui enlève toute sa coloration... il a toutes les infirmités de la nature humaine » (p. 25); « si on banalise ainsi l'idée morale support du droit, l'irréductible droit naturel n'a plus grande importance. Ces idées admises par tout le monde, suivies par tous comme règle de conduite, il n'est pas à craindre qu'elles soient brusquement heurtées et renversées par l'autorité publique » (p. 28). — Donc, quoiqu'il en minimise la portée, M. Ripert reconnaît que ce droit objectif existe et cet aveu, venant de l'auteur positiviste le plus autorisé, nous est précieux.

ne peut pas être réalisé complètement, dès maintenant. On peut, sans aucun doute, affirmer que l'humanité doit toujours se diriger vers cette perfection, mais pour la vie réelle, actuelle, il faut en dégager des « étages » inférieurs, susceptibles d'être efficients, d'obliger réellement des hommes. De plus, un tel idéal ne saurait être idéal pour ceux qui ne croient pas en lui.

Laissons donc de côté toutes ces solutions nous fournissant un droit objectif irréalisable, et tournons-nous vers la vraie solution, la seule possible du point de vue positiviste. Efforçons-nous de découvrir un droit objectif efficient, réellement obligatoire.

116. — Ici, nous donnons une précision. Nous avons tant parlé du seul élément normatif existant dans le droit : l'adoption de la norme juridique par le sujet de la norme, qu'il semble bien que nous aboutissons à un individualisme exagéré, à un anarchisme complet et irrémédiable. Nous avons dit, en effet, que le droit ne représente une valeur, pour un sujet donné, que s'il est adopté par lui, devenu sien. Nous avons aussi insisté sur l'existence des systèmes juridiques *particuliers*. Par conséquent, peut-on dire, chacun ayant son droit particulier, ce droit représente pour lui un droit objectif; — il n'y a plus de droit objectif, ni de droit en général, c'est l'anarchie.

Pourtant, bien loin de nous est cette pensée, et nous allons nous expliquer. Il est indéniable que chacun de nous a son système juridique particulier. Mais le droit est un phénomène éminemment social et, au surplus, destiné à jouer un rôle social, c'est-à-dire à régler des rapports sociaux. C'est pour cela qu'on ne peut pas prétendre que chacun des systèmes juridiques particuliers, ou mieux individuels, représente un droit objectif, car un système juridique *purement individuel* ne peut jouer le rôle d'un droit objectif *social*. En effet, un droit objectif doit être, nous l'avons dit, efficient, c'est-à-dire réalisable dans la société. Un système juridique individuel (c'est-à-dire fait et adopté par un seul individu) ne peut pas être socialement efficient (400) pour les deux raisons suivantes :

1° le droit qui fera un système juridique positif doit être *adopté au moins* par un fort groupe d'individus, parce qu'il doit être

(400) « Ce qu'il importe de savoir, ce n'est pas la manière dont tel penseur individuellement se représente telle institution, mais la conception qu'en a le groupe; seule, en effet, cette conception est socialement efficace ». (Durkheim : *Les règles de la méthode sociologique*, p. XIV).

réalisé dans la société par la contrainte, ou par la menace de la contrainte. L'application d'un système juridique (ce qu'on appelle le pouvoir, si sous le nom *application* on comprend encore la législation, c'est-à-dire l'élaboration du système juridique), est un phénomène psychologique au premier chef : la société doit être convaincue que le système s'appliquera au besoin par la contrainte, et un groupe social suffisamment large doit être prêt à l'appliquer ainsi, et doit l'appliquer effectivement dans les rares cas où la *menace* de contrainte ne suffit pas pour le faire appliquer volontairement. Il est évident donc qu'un système juridique individuel dont l'auteur (sous ce nom : « auteur », nous comprendrons désormais celui qui est le centre d'un système juridique, qui l'adopte) est un individu ou un groupe social infime est à exclure comme droit objectif. Cela n'empêche pas que, en fait, il est possible qu'un système juridique individuel (par exemple un système construit par un juriste éminent) soit le meilleur possible et ait des chances d'être adopté par la société tout entière. Mais cela veut dire que tant qu'il n'est pas adopté, il est inefficace, inapplicable, irréalisable, et que son effet est à peu près égal à l'effet d'un droit qui n'existe en général pas. L'élite est appelée à jouer le rôle prépondérant que lui assigne M. Le Fur ; mais il ne faut pas oublier non plus ce que M. Le Fur a dit de la nécessité que la masse adopte le droit trouvé par l'élite ;

2° le système juridique individuel, on peut le dire à coup sûr, n'est *jamais l'œuvre exclusive d'un individu*. Le droit est une création sociale. Ici, les investigations de Durkheim, examinant la réalité sociale, sont des plus capitales. Un individu, sans l'immense expérience sociale préalable et contemporaine, ne saurait jamais construire un système juridique. C'est toujours un groupe social, plus ou moins large, qui lui en fournit les matériaux et les suggestions essentielles. Cela ne veut pas dire que chaque individu n'a pas un système juridique particulier à lui, mais que ce système, lui aussi, est de beaucoup l'œuvre de la société.

C'est pourquoi nous consacrerons le paragraphe 2 de ce chapitre à l'origine sociale du droit, pour situer les systèmes juridiques dans leur milieu social, après quoi nous aurons une compréhension plus aisée du mécanisme juridique.

Par contre, il faut aussi rejeter le criterium de la *majorité*. En effet, il n'est pas permis de dire, avec Rousseau, que la majorité est le critérium le plus sûr du bien commun. Cette question est très discutée, mais il nous semble, au contraire, que les données du problème sont des plus simples et donnent une solution des plus claires. Nous reviendrons sur cette question dans le paragraphe consacré au droit objectif.

§ 2. — *Le droit dans la société*

117. — Nous avons indiqué incidemment l'existence des systèmes juridiques particuliers et leurs différences; nous allons maintenant nous expliquer plus amplement sur ce problème. Nous considérons la réalité sociale juridique telle qu'elle est, et nous partirons de ces données réelles pour essayer de trouver un critérium objectif du droit. Raisonner dans le vide ne sert à rien.

Nous ne répéterons pas ici l'adage, désabusé peut-être, mais infiniment vrai : *ubi societas, ibi jus*. Nous voulons dire, au contraire, *ubi jus, ibi societas*. Il n'y a pas de droit sans la société, — mais aussi le droit n'est pas la seule règle sociale. Le droit n'est qu'une espèce des règles sociales, espèces qui sont fort multiples. C'est le milieu social qui engendre les règles sociales et les règles juridiques; et l'on ne peut rien comprendre au droit sans avoir cette idée toujours présente à l'esprit. Donnons un aperçu bref et clair de la manière dont le droit se situe dans le milieu social.

En considérant la société évoluée actuelle, on peut constater comme indiscutables les points suivants :

1° la société forme une unité vivante, composée d'individus qui entretiennent des rapports entre eux. Quelle doit être la nature de ces rapports qui font une société, la question est encore trop peu examinée pour que nous puissions lui donner ici une solution. Il suffit de dire que les rapports existent, qu'ils sont nécessaires. Ces rapports engendrent inévitablement certaines règles sociales, qui les régissent. En ce sens, les rapports sociaux sont antérieurs aux règles, car les règles se rapportent à eux. Mais, en sens contraire, les règles sont antérieures aux rapports. Nous ne pouvons pas admettre, en effet, cette tendance du positivisme, qui veut faire ressortir les règles des faits, des rapports sociaux seuls. Le *donné humain* ne peut être méconnu, c'est-à-dire la liberté incontestable

de l'homme. L'homme choisit lui-même la fin qu'il veut réaliser, la direction qu'il va donner à la vie sociale, l'esprit dans lequel il veut réglementer les rapports. Certes, les faits, les rapports eux-mêmes, ont une grande influence, mais la direction suprême reste à l'homme. Nous ne voulons pas dire par là que, peut-être, considérées dans le temps, les directions que nous entendrons suivre ne soient pas le produit de l'histoire, de l'évolution, — mais au commencement même il y avait la liberté, et elle existe toujours; toujours nous pouvons, si nous le voulons, changer la direction. Nous n'avons qu'à signaler ici la pensée lumineuse de Bergson : la route s'adapte aux lieux qu'elle parcourt, aux montagnes et aux plaines, mais ce ne sont ni les montagnes, ni les plaines qui en déterminent la direction même qu'elle suit. Que l'homme veuille réaliser justice, charité, paix; — c'est lui-même qui a choisi de les réaliser, non les faits. Et, certes, ces fins s'adaptent à sa *nature*, à ses tendances profondes, causées par les faits, par toute l'histoire humaine; mais c'est l'homme lui-même, comme unité nouvelle et distincte, qui le veut et en poursuit la réalisation.

2° la société est divisée en *groupes sociaux* nombreux. Certaines théories (le matérialisme historique, le racisme) ont mis particulièrement en lumière certains de ces groupes : races, nations, classes. Mais ces groupes sont, en fait, innombrables : églises, associations différentes, groupements professionnels, groupes accidentels, éphémères. Pour nous, ce qui est essentiel, c'est que chaque groupe est l'enceinte où s'élaborent des règles sociales spécifiques pour un groupe donné, régissant les rapports spécifiques existant au sein du groupe.

3° Les groupes se réduisent aux membres. Un individu peut participer à plusieurs groupes, qui ainsi s'entrecroisent. Mais, ce qui est plus important pour nous, un groupe plus large peut contenir plusieurs groupes plus étroits. Ainsi, pour le droit, un groupe social est particulièrement important, c'est l'Etat. Nous allons dès lors prendre en considération l'Etat seul.

4° Dans l'Etat existent ainsi des groupes sociaux nombreux. Chaque groupe social élabore ses règles sociales, parmi lesquelles également les règles juridiques. Nous avons dit quelle est la différence entre les règles juridiques et les autres : chacun considère qu'une règle juridique doit être appliquée, au besoin, par la force.

5° Mais l'Etat lui-même est un groupe social élaborant ses propres règles, c'est-à-dire que la vie sociale au sein d'un Etat engendre seule certaines règles sociales et juridiques, règles reconnues obligatoires par tous les membres de l'Etat, adoptées par tous. Ces règles, donc, coïncident pour tous les citoyens et tous les groupes sociaux au sein d'un Etat avec les systèmes juridiques (en tant que les règles sont juridiques) *particuliers* des citoyens et des groupes sociaux respectifs. Elles sont des *normes normativement*, réellement *obligatoires*, pour tous les membres de l'Etat.

Ce droit du groupe social Etat est un droit *objectif*, car il est considéré par tous les membres de l'Etat comme le meilleur possible.

6° Malheureusement, ce droit objectif étatique ne représente pas un système juridique complet. L'idéal serait, certes, qu'un tel droit soit un système complet, mais cela n'est pas possible. En réalité, donc, il faut constater qu'en dehors d'un certain nombre de règles juridiques adoptées par tous les membres d'un Etat, il y a des divergences entre les systèmes juridiques particuliers. Ces divergences ont une double origine : a) d'abord les divergences résultant de la nature des groupes ; le droit d'une église sera, évidemment, différent du droit d'une association professionnelle ; b) en tant qu'ils se rapportent au même objet, c'est-à-dire en tant qu'ils se rapportent au droit étatique, qui doit être appliqué par tous les citoyens, ces systèmes juridiques particuliers diffèrent par suite de leur origine différente.

En effet, chaque groupe social juridique (nous appelons ici groupe social juridique le groupe social capable d'engendrer le droit) (401), engendre le droit, ou mieux, exerce une influence sur l'élaboration du droit. Il y a des groupes juridiques *passifs* et *actifs* : sont actifs les groupes juridiques ayant des organes appropriés pour élaborer un droit nettement formulé (il n'est pas nécessaire que le droit soit écrit, il suffit qu'il y ait des organes déter-

(401) Comp. dans ce sens, Gurvitch : *Essais de sociologie*, la partie qui traite « Les formes de sociabilité », — il distingue aussi des groupes sociaux qui engendrent le droit et ceux qui ne le font pas (surtout, pp. 52-53). Selon lui, seules les formes de sociabilité *active* peuvent engendrer le droit, non celles de sociabilité *passive* (pour la différence entre sociabilité *active* et *passive*, v. pp. 59-60 — il donne comme exemples de la société active : l'Etat, les associations sportives ; comme passive, la communauté linguistique) — pour nous, les sociabilités active comme passive peuvent engendrer le droit, seulement chacune à sa manière : active ou passive.

minés pour le formuler); sont passifs les groupes ne possédant pas de tels organes, mais qui fournissent un « esprit » spécifique, fruit de la vie sociale intense, esprit dans lequel les membres de ce groupe élaborent leurs propres systèmes juridiques particuliers. Personne ne peut nier le rôle immense, dans ce sens, des classes, des partis politiques, etc.

Tous les groupes juridiques sociaux, intégrés dans un Etat, s'intéressent à la vie juridique étatique, au droit étatique qui doit être appliqué par la force à tous les membres de l'Etat. Chaque groupe juridique élabore ainsi des systèmes juridiques particuliers plus ou moins complets qui, dans la pensée du groupe, doivent régir l'Etat, doivent devenir du droit positif étatique.

118. — Le problème est maintenant clair. Parmi les groupes juridiques, il y a des groupes qui sont si puissants, si entreprenants, que leurs systèmes juridiques particuliers (en comprenant désormais toujours sous ce nom le système juridique ainsi fait qu'il puisse devenir du droit positif étatique, donc le système contenant les règles qui, plus ou moins, suffisent pour réglementer tout ce qui, dans l'Etat, doit être réglementé juridiquement) — qui sont, donc, adoptés par eux, qui possèdent la force obligatoire *normative*, efficiente — peuvent être érigés en systèmes juridiques positifs étatiques et peuvent être appliqués comme tels. Ces systèmes juridiques particuliers sont susceptibles, donc, d'être du droit *objectif*, tel que nous le cherchons : un droit objectif efficient, possédant une force normative suffisante pour être appliqué, au besoin, par la force. La question se pose, alors, de savoir lequel de ces systèmes doit devenir du droit positif étatique. Et puisque la réponse ne peut être que la suivante : celui qui est du droit objectif, il faut examiner comment on peut savoir si l'un de ces systèmes est du droit *objectif*, et lequel.

Auparavant, faisons encore une constatation : habituellement il y a, parmi les systèmes juridiques susceptibles de devenir du droit positif étatique, des systèmes de l'élite et de la masse, de la conscience populaire. Ce qu'on appelle le « consentement universel », la « conscience collective de l'humanité civilisée », et qui sert, au besoin, comme un critérium d'objectivité, cela comprend, à côté de l'unanimité, dont nous avons parlé (c'est-à-dire des règles juridiques adoptées par tous les citoyens de l'Etat), encore l'opinion de l'élite, des « honnêtes gens ».

Ainsi, nous voici ramenés à chercher le critérium d'objectivité en droit.

§ 3. — *Le droit objectif*

149. — Avant d'aborder ce problème délicat, il faut préciser encore certains points. Tout d'abord, il faut faire la distinction — faite déjà tant de fois — entre la « science » et la « technique », entre les règles « normatives » et les règles « constructives ». Nous dirons que la science (science *normative*, bien entendu, science des valeurs) correspond aux fins, la technique se rapporte aux moyens (de réalisation des fins). Par conséquent, les règles constructives n'ont pas de valeur propre, elles l'obtiennent des fins qu'elles réalisent (402).

Les fins sont, nous l'avons dit, des valeurs, déterminées par les jugements de valeurs. Dès qu'on a une valeur déterminée, le moyen de réalisation peut en être trouvé. Ce moyen dépend des circonstances réelles, des faits, du *donné* juridique, comprenant les données naturelles et historiques de Gén^y (et dans le donné naturel, l'état de l'évolution de la conscience aussi). Le moyen, la technique juridique, peut être contrôlé par des jugements de réalité. Par conséquent, là le critérium d'objectivité n'est pas difficile à trouver, puisque dans le domaine des jugements de réalité, l'entente peut se faire. Pour donner des exemples concrets, la fin à réaliser est : la liberté de tester, ou, au contraire, la succession *ab intestat* seule. Une fois la fin déterminée, la technique est appelée à jouer son rôle : organiser la forme la plus propre à assurer la liberté de tester, le mode de testament (écrit ou verbal), etc., etc. Ou prenons la procédure : toute la procédure pénale et civile a une seule fin à réaliser : découvrir la vérité. De cette fin-valeur tirent leur force normative obligatoire toutes les normes innombrables de la procédure. Elles ne cessent pas d'être normes parce qu'elles peuvent être contrôlées par les jugements de réalité, car les jugements de réalité ne déterminent pas leur fin-valeur, d'où elles tirent leur force obligatoire normative. Le jugement de réalité constate seulement si elles sont plus ou moins conformes à leur valeur.

(402) Comp. Dabin : *op. cit.*, pp. 21-26.

Bref, une fois les fins déterminées, on peut certainement trouver le moyen le plus objectif de les réaliser. Par conséquent, nous ne nous occuperons plus par la suite de ce problème, résolu une fois pour toutes. Nous l'effleurons encore une fois, cependant, pour constater que le domaine des moyens s'étend beaucoup plus qu'on ne le pense habituellement.

Il s'agit donc de trouver le critérium d'objectivité des fins-valeurs.

120. — Ce critérium — cela se dégage suffisamment de nos développements précédents — pour être vraiment objectif, doit être trouvé ou dans la *nature* elle-même, ou dans une *conscience supérieure* à l'homme. Dans la nature, il ne peut être trouvé, car la nature ne peut nous suggérer des valeurs, comme justice, ordre, paix; constater la conscience supérieure et son jugement de valeur n'est pas possible positivement de telle manière qu'elle soit indiscutable. En outre, nous l'avons souligné, une fin objective, même si elle existait dans la nature ou dans une conscience supérieure, doit, pour être efficiente, exister aussi dans la conscience humaine.

Il nous reste, donc, à chercher dans cette conscience ce qu'il y a d'objectif. Alors se pose la question de savoir s'il n'est pas possible (en admettant que la nature ne peut pas nous fournir la fin elle-même) de contrôler, à l'aide de la nature, les fins considérées déjà par les hommes comme devant être observées. Il est possible, peut-être, d'ausculter la nature profonde des hommes, ses tendances essentielles, et d'en conclure si une certaine fin est objective ou non.

C'est là la tentation vraiment séduisante de la « nature de l'homme », du « droit naturel de l'espèce humaine ». L'homme a, sans doute, une fin qu'il doit réaliser, une fin conforme à son être, comme en ont une chaque être et chaque chose dans la nature. Il est évident, par exemple, que l'homme doit, tout d'abord, vivre, et ensuite « développer » toutes ses facultés; qu'il doit travailler à réaliser le « bien commun », etc. Il est donc évident que celui qui célèbre la mort, le suicide, l'assassinat, l'injustice, l'alcoolisme, etc., etc., a tort, que les vraies valeurs se trouvent de l'autre côté.

Nous croyons que, quoique la tentation soit, vraiment, trop forte, il ne faut pas y succomber. La nature profonde de l'homme, ce n'est, en effet, rien d'autre que la conscience humaine, l'esprit humain. Sa vraie nature, ce qui le sépare de tous les autres êtres,

c'est sa conscience, c'est-à-dire, en dernière analyse, — par rapport à notre sujet — les jugements de valeurs que cette conscience élabore, les fins qu'elle pense devoir être réalisées. C'est là que se trouve la nature de l'homme, et c'est donc là qu'il faut chercher un critérium d'objectivité.

Or, l'homme élabore des jugements de valeurs, des fins à réaliser. La valeur qu'il élabore est, pour lui, une valeur objective, car elle correspond à sa nature, — quoique cette valeur soit, en effet, une œuvre humaine, donc, *subjective*, puisqu'elle ne vient pas du dehors.

Faisons bien attention. Du point de vue positiviste, auquel nous plaçons, l'on ne peut pas affirmer que la valeur est une œuvre de l'homme; il est possible que la valeur objective existe. Mais l'on ne peut pas le savoir. Ce qu'on sait, c'est que la valeur existe dans la conscience humaine. D'où elle vient, on ne le sait pas. Le positivisme n'a pas d'accès dans le domaine de la supra-conscience, dans le domaine des valeurs objectives, s'il existe. Par conséquent, il ne peut pas proclamer une valeur existant dans la conscience humaine comme *objective*, parce qu'elle correspond à une valeur objective dans le sens propre du mot (c'est-à-dire existant indépendamment de l'homme). C'est dans ce sens que, du point de vue du positivisme, toutes les valeurs sont *subjectives* (parce qu'il ne les connaît que comme existant dans la conscience humaine). Ne nous trompons donc pas. La seule objectivité véritable, dans le domaine des valeurs, est de reconnaître l'existence d'un monde des valeurs objectives, liées à une conscience supérieure, ce que le positivisme ne peut pas plus affirmer qu'il ne peut le nier.

121. — Il ne reste qu'à se contenter de cette objectivité relative, existant dans les consciences humaines. Ici, il y a deux degrés d'objectivité, comme nous l'avons vu :

1° l'adoption *unanime*;

2° l'adoption de l'*élite*.

Et, tout d'abord, l'unanimité. Nous avons dit, et c'est un fait incontestable, qu'il y a certaines valeurs adoptées unanimement c'est-à-dire par tous les citoyens dans un Etat donné. Bien entendu, cette unanimité ne peut être, même ici, *absolue*. En effet, il ne faut pas tenir compte des citoyens anormaux du point de vue des jugements de valeurs. Une valeur universellement adoptée est, par exem-

ple; la *Justice* — que Gény a ramenée à ces deux règles : « Attribue à chacun ce qui lui revient » et « Ne fais tort à personne » (403), et que nous croyons pouvoir ramener à une seule règle : « Attribue à chacun le sien » (puisque si tu attribues à chacun le sien, tu ne feras tort à personne) — et si maintenant vient quelqu'un pour dire qu'il ne faut pas donner à chacun le sien, que la règle contraire doit être la fin de l'humanité et doit être réalisée par l'Etat, — il ne fait aucun doute qu'il s'agira là d'un homme anormal, du point de vue des jugements de valeur, comme il y en a d'anormaux du point de vue des jugements de réalité. Par conséquent, il y a un droit *objectif* universellement adopté par tous les citoyens d'un Etat, et le droit positif étatique doit correspondre à ce droit objectif.

Il nous faut maintenant dire quelques mots sur le contenu de ce droit. Nous insistons sur ce point que — surtout dans une société relativement homogène — il y a un grand nombre de règles juridiques sur lesquelles existe cette unanimité. Il ne s'agit donc pas ici de l'opinion des « honnêtes gens » seulement, ou, mieux, de l'élite seule, — la masse tout entière, comme l'élite, adopte ces règles, mieux ces valeurs. La différence n'existe que par rapport au degré d'intensité de la conscience qu'ont de ces valeurs l'élite et la masse : l'élite en a une conscience claire, la masse plutôt vague. Mais la conscience existe. Nous croyons pouvoir ranger parmi ces valeurs, ces règles admises universellement, une grande partie du droit. Si l'on y regarde de plus près, on distingue deux sortes de ces valeurs :

1° il y a tout d'abord des valeurs vagues, imprécises; telles que la justice, la paix, l'ordre, le bien commun, etc. On peut dire que, par rapport à ces valeurs, il existe une unanimité, non seulement au sein d'un Etat, mais au sein de l'humanité tout entière. Ces valeurs, pourtant, n'étant pas précisées, c'est-à-dire chacun les concevant différemment, elles ne peuvent pas nous fournir des normes juridiques concrètes, dont nous avons au premier chef besoin. L'illusion, la grande et généreuse illusion, de l'école du droit naturel était, croyons-nous, d'avoir cru pouvoir en déduire des normes concrètes. Toutes les déductions faites, par exemple à la base de la Justice abstraite, et à l'aide de la raison, ont déçu. C'est parce que la Justice est une régulatrice, à laquelle doivent se conformer les

(403) V. Gény : *Science et technique*, t. II, p. 392.

règles concrètes, mais dont elle ne peut pas déterminer le contenu. Il est vrai que toute norme juridique concrète doit réaliser la Justice, doit y être conforme, mais la Justice seule ne peut pas nous donner une seule règle concrète. Et quand M. Génv pense qu'il a déduit directement de la Justice tous ces « étages inférieurs » de la Justice, et quand M. Le Fur croit qu'il a déduit de la Justice ses trois règles essentielles, ils se trompent, croyons-nous (404). Nous croyons aussi qu'il ne faut pas trop insister sur ce point. Ce qui est essentiel, c'est que, par exemple, les trois règles que cite M. Le Fur sont vraiment du droit objectif, car elles sont adoptées par tous les gens normaux. Peu nous importe, donc, d'où elles viennent, si elles *sont* « venues », si elles se trouvent ici, chez nous, reconnues obligatoires par tous. Peu importe aussi si ces valeurs sont universelles — c'est-à-dire adoptées dans tous les pays et à toutes les époques — et immuables. Cette discussion n'a pas grande importance. L'essentiel est qu'elles soient valables dans un Etat donné et à un moment donné (405).

Ces valeurs sont donc trop générales et dans leur concrétisation apparaissent des différences parmi les systèmes juridiques particuliers. Ce qui est essentiel, c'est que ces valeurs ne peuvent être réalisées par de simples moyens techniques, dépendant des faits et par rapport auxquels il est possible, comme nous l'avons vu, de trouver un critérium d'objectivité. Au contraire, pour être réalisées, ces valeurs doivent être concrétisées dans des *valeurs* moins générales et abstraites, valeurs qui ne sont pas de simples moyens techniques, et pour lesquelles le critérium d'objectivité n'existe pas. Par exemple, la règle de M. Louis Le Fur : respecter les engagements pris. Pour la réaliser, il faut définir les valeurs inférieures : quand l'engagement est *pris*, quand il existe un *engagement*, et, de plus, quand un *engagement doit être respecté* (les nombreux problèmes de la liberté du consentement, de l'erreur, de l'imprévision, etc., etc.) — valeurs pour lesquelles il n'y a pas d'unanimité ni de critérium objectif, puisqu'elles ne peuvent être directement contrôlées

(404) Non moins vaine est la tentative de M. Dabin pour baser le droit sur le *bien commun* (*op. cit.*, p. 153 et suiv.) ; il n'a pas réussi à préciser ce bien commun ; car c'est impossible, le bien commun étant une régulation aussi.

(405) Nous n'oublions évidemment pas que du point de vue de l'école du droit naturel, qui affirme l'existence d'une valeur *objective*, universellement valable, cette discussion, au contraire, a une grande importance.

par les jugements de réalité comme des moyens techniques. M. Ripert, nous l'avons vu, a critiqué la conception du droit naturel en disant que les valeurs universellement admises ne seront jamais violées par les gouvernants; — or, nous croyons que, au moins pour ces valeurs générales, imprécises, une restriction s'impose : il est vrai que les gouvernants ne violent jamais la justice, par exemple, officiellement (c'est-à-dire s'efforcent de présenter leur action comme conforme à la justice), mais, en laissant de côté le cas où ils violent effectivement la Justice, et en sont conscients, il y a des cas nombreux où la Justice, de l'avis de certains, est violée, quoique les gouvernants pensent le contraire, *parce qu'on diffère d'avis sur la concrétisation de la Justice*.

2° il y a, ensuite, des règles précises, concrètes, adoptées par tous aussi universellement que les valeurs objectives dont nous avons parlé jusqu'ici. Ce sont aussi des valeurs, non pas de simples moyens techniques, mais des valeurs tellement concrétisées qu'elles sont susceptibles d'être élaborées techniquement. Nous croyons pouvoir citer comme exemples de telles valeurs toutes celles qui sont réalisées par le Code pénal, presque tout entier. Il est possible que les moyens techniques, les règles constructives, par lesquelles le Code pénal réalise ces valeurs, ne soient pas bien appropriés, mais cela peut être contrôlé à l'aide des jugements de réalité.

L'importance de ces valeurs est grande. Nous croyons qu'elles ont un caractère essentiellement conservateur. C'est-à-dire que toutes les valeurs concrètes qui sont nécessaires pour le maintien de la société sont, généralement, adoptées comme obligatoires par tous les membres de la société. Ces valeurs ont pour fonction, donc, de conserver ce que la société a déjà réalisé de l'idéal suprême, ce qui représente déjà des « points acquis » de la vie sociale. Cela est visible, du reste, par l'importance des sanctions dont ces valeurs sont garanties (les peines).

Ainsi, donc, le droit objectif universellement adopté est constitué, d'une part, par des valeurs concrètes qui assurent les résultats acquis dans le domaine juridique, et, d'autre part, par des valeurs générales, imprécises, abstraites, qui, tout en dominant les valeurs déjà concrétisées et « acquises », montrent la direction, générale et imprécise encore, pour l'avenir, pour le progrès et l'action future. Il s'agit seulement de concrétiser ces valeurs abstraites. Evidemment, la concrétisation de ces valeurs ne peut pas être du droit

objectif dans le sens propre du mot (universellement adopté) aussi longtemps qu'elle ne devient pas acquise elle aussi. C'est seulement « après coup », après l'expérience, qu'une société donnée et l'humanité tout entière peuvent savoir si la concrétisation était objective ou non. C'est dans l'expérience que se fait le droit objectif lui aussi. Mais il faut découvrir un droit relativement objectif qui va diriger l'expérience, tout en étant corrigé par elle.

C'est là le vrai problème, la difficulté essentielle, et dans un sens, insoluble. Ici, il faut se reporter de nouveau aux faits, pour montrer comment une objectivité, quoique très relative, il est vrai, est encore possible, et comment le problème, pour autant, devient susceptible d'une solution satisfaisante, du point de vue positiviste.

122. — Nous avons dit que les moyens techniques seuls peuvent être contrôlés d'une manière absolument objective, se reportant aux faits, alors que les fins-valeurs ne le peuvent pas. Pourtant, lors de la concrétisation des fins-valeurs aussi les faits peuvent intervenir (et sous les faits nous ne comprenons pas la « nature » seule, mais aussi l'homme, le « donné humain », l'état de l'évolution de la conscience humaine), quoique dans une moindre mesure. Car, en effet, une valeur abstraite ne peut être concrétisée sans que l'on se reporte aux faits. Mais l'objectivité est moindre ici que lors de la simple réalisation d'une valeur qui est déjà suffisamment concrétisée et susceptible d'élaboration technique, car lors de la concrétisation, la conscience humaine, son jugement de valeurs, jouent encore un grand rôle, les valeurs concrètes, qui concrétisent la valeur abstraite, sont encore des valeurs indépendantes, elles aussi, dans une certaine mesure.

C'est pourquoi nous faisons intervenir ici :

2° l'adoption par l'*élite* comme un critérium (moins sûr que le premier) de l'objectivité. Le droit adopté par l'élite représente un droit objectif en tant qu'il est susceptible d'être contrôlé par les faits. Nous ne contestons pas qu'il soit possible que le droit de l'élite ne soit pas le droit correspondant parfaitement aux faits; mais il est probable que le droit de l'élite est plus près de l'objectivité que le droit de la masse, de la majorité. Par conséquent, en tant qu'il dépend des faits, qu'il est susceptible du contrôle à l'aide des jugements de réalité, c'est l'élite qui doit servir de critérium, non pas la masse, la majorité. Eclaircissons ce point.

Regardons bien la réalité. D'une part, il y a ce qu'on appelle la masse, et de l'autre ce qu'on appelle l'élite. Personne ne peut hésiter entre les deux. C'est l'élite qui est, par définition, préférable à la masse, et par conséquent, la minorité à la majorité. Mais ce jugement de préférence, ce jugement de valeur, n'est pas notre propre jugement, n'est pas subjectif. Il est au contraire objectif, en ce sens qu'il est un jugement universel. La masse de même que l'élite, proclame ce jugement comme adéquat à la vérité.

123. — Mais il y a un autre côté de la médaille. Si l'élite est préférable à la masse, si, par conséquent, il faut dire, *a priori*, que le système juridique particulier de l'élite est plus proche du droit objectif, — il ne faut pas considérer cela comme une règle absolue. Dans deux cas, il y aura des exceptions à cette règle :

1° lorsque l'élite n'est pas désintéressée, mais préoccupée de défendre ses propres intérêts. Alors, l'élite sait bien que son droit ne correspond pas au bien de la masse ni au bien commun, mais elle ne l'en adopte pas moins pour défendre ses intérêts;

2° c'est le cas que nous avons déjà mentionné. Lorsqu'il s'agit de questions où des valeurs humaines *subjectives* sont en jeu, valeurs humaines qui ne peuvent pas se baser sur des observations objectives (ou bien elles le peuvent, mais personne, dans le groupe social donné, n'est encore conscient de cette possibilité), mais sont une pure création subjective. Dans ce cas, le critérium d'objectivité est absolument introuvable, et il faut se fier à la majorité, non pas sans doute parce que la majorité dit mieux, mais parce qu'un droit contraire à l'opinion de la majorité doit être appliqué par la force et parce que, comme nous l'avons dit, l'emploi de la force n'est justifié que si la force est employée pour soutenir le droit objectif (et ici, par hypothèse, ce droit objectif n'existe pas).

Nous donnerons deux exemples pour illustrer ce que nous disons. Dans le cas de l'alcoolisme, ou de l'abolition de la prostitution, ou dans le cas de la vaccination, etc., c'est le système juridique de l'élite qui fait partie du droit objectif, non celui de la majorité (à condition que la majorité soit favorable à l'alcoolisme, à la prostitution, défavorable à la prohibition, à la vaccination, etc.). Les U.S.A. n'ont pas maintenant un droit objectif au sujet de la prohibition, quoique la majorité ait voté l'alcoolisme (c'est M. Le Fur qui a employé cet exemple). Pourquoi en est-il ainsi ? Parce

qu'il s'agit des cas où il est possible de trouver un critérium d'objectivité, parce qu'il s'agit de ce qu'on appelle « les profondes tendances de l'espèce humaine », de ce que Hauriou a appelé : le droit naturel de l'espèce humaine, de l'*homo sapiens*. En fait, il n'y a pas de discordance entre l'élite et la masse dans ce cas, car il s'agit des fins, des valeurs qui sont *objectives* (d'après le seul critérium positif dont nous disposons), que la masse adopte et tend à réaliser aussi bien que l'élite. La masse veut, elle aussi, être en bonne santé, élever son bien-être matériel, etc. Seulement, d'une part, la masse, la majorité, manque d'expérience et n'a pas l'instruction suffisante pour savoir quel procédé, quel droit sera le meilleur à cet effet; et, d'autre part, la masse, n'étant pas suffisamment capable de s'élever au-dessus d'elle-même, s'abandonne trop souvent aux instincts et permet que les valeurs inférieures priment en efficacité les valeurs supérieures. Le droit de l'élite réalise ici mieux les valeurs propres de la masse que le droit de la masse lui-même.

C'est l'immense mérite de l'école du droit naturel, en tant qu'elle s'appuie sur la *nature*, de nous donner une ferme direction dans ce sens. C'est aussi la position de M. Scelle, lorsqu'il nous parle du droit objectif qui se trouve dans les faits, et que la *science* doit découvrir. Mais ici il faut souligner encore une fois notre position et la différence qui nous sépare de ces deux éminentes doctrines. Nous avons dit que nous cherchons un droit objectif efficient. Par conséquent, nous disons que le droit objectif, quoique existant « virtuellement » dans les faits, dans la « nature des choses », n'existe pas réellement s'il n'existe dans les consciences humaines. Il n'a qu'une force obligatoire *normativiste* pour nous, qui considérons la possibilité de son existence, même ne le connaissant pas. Aussi bien s'il est connu d'un individu seul, ou d'un si petit groupe d'individus qu'il ne peut être appliqué dans la société, — il ne peut pas jouer le rôle du droit objectif efficient. Il est vrai, ce droit ainsi découvert par un petit groupe d'individus possède une force *normativiste*, car ce groupe pense que ce droit *doit* être appliqué dans la société tout entière, et une force *normative* par rapport à ce groupe (donc il est efficient dans ce petit groupe), — mais cela n'est pas encore suffisant. Nous ne dirons pas qu'il n'est pas objectif, mais qu'il n'est pas efficient, et que le droit objectif sera un droit moins parfait que lui, mais efficient.

124. — Par contre, nous devons proclamer pour objectif, par rapport à une société donnée, un droit qui, en fait, ne l'est pas, *s'il n'existe même pas la possibilité de contrôle de l'objectivité*. Par exemple, l'esclavage. Il est certain qu'à un moment donné, dans l'antiquité, personne ne supposait même que l'esclavage n'était pas bon, ne correspondait pas au droit objectif. Ce droit était alors objectif, *pour la société donnée*, quoique nous sachions bien aujourd'hui qu'il n'était pas objectif. De même actuellement, pour une société primitive, son droit est objectif, quoiqu'il ne le soit pas à nos yeux. Cela semble paradoxal, mais c'est ainsi. Si par exemple, personne ne soupçonnait même que l'alcoolisme fût un mal, — qui pourrait dire que notre droit actuel qui permet l'alcoolisme n'est pas un droit objectif ? Et il est certain que beaucoup de nos institutions juridiques ne correspondent pas à notre nature, ne réalisent pas les valeurs que nous croyons réalisées par elles, — et cependant nous les considérons comme complètement *objectives*. Supposer le contraire, c'est supposer que l'homme a atteint le sommet du progrès.

Et il ne faut pas se tromper. Les notions que nous croyons objectives, données dans notre esprit et *a priori*, indépendantes des faits et de l'évolution, — ne le sont souvent pas. La Justice, la charité — tout cela dépend de l'évolution. Si un jour (nous nous excusons de la grossièreté de l'exemple, mais c'est pour qu'il soit éclatant) la science vient à affirmer définitivement que la viande est nuisible, serait-il charitable de donner de la viande aux pauvres ? Certes, ce serait charitable par l'*intention*, mais non par le *résultat*.

Nous sommes persuadé que, dans ce sens, il y a beaucoup à faire, que le champ est immense et que le droit objectif peut avoir une portée beaucoup plus grande qu'il ne le semble. L'humanité progresse, mais nous ne pouvons, dès maintenant, proclamer pour droit objectif, le sommet de cette évolution. Autrement dit, il nous faut trouver un droit objectif non *absolu*, mais *relatif*. Relatif en ce sens que ce qui est « acquis » *maintenant* comme objectif, ce qui résulte des faits et de l'état de l'évolution de la conscience humaine comme une valeur objective (ce qui peut être demain, après une nouvelle évolution, proclamé pour une erreur) — soit incorporé dans le droit objectif. Et c'est l'élite, le plus souvent, plus instruite, l'avant-garde de l'humanité, qui est la première à la découvrir.

Peu importe que, demain, l'évolution nous donne un démenti, que notre droit objectif devienne une erreur; — c'est précisément la misère de l'homme de ne pas être parfait, et sa grandeur de devenir de plus en plus parfait.

Nous sommes convaincu que, pour une grande partie du droit, il existe, dès maintenant, un droit objectif élaboré par l'élite, ou qui peut être élaboré par elle et qui doit devenir du droit positif étatique. En effet, on peut considérer comme une fin-valeur universellement adoptée, donc comme une fin objective : assurer à chacun ce qu'on appelle « le minimum d'existence ». Et il n'est pas contestable que l'élite a élaboré, ou peut élaborer un droit qui réalisera cette fin, et que ce droit peut être contrôlé objectivement, comme nous l'avons vu. La même chose vaut pour les immenses résultats de la science qui attendent pour être incorporés dans le droit positif. Qui peut contester aujourd'hui que la guerre est un mal, que la paix et le désarmement sont des valeurs objectives et que l'élite peut élaborer un droit qui réalisera la paix ? Il s'agit seulement de donner le pouvoir à l'élite. Cela nous ramène à un autre problème, problème de la réalisation du droit objectif, que nous traiterons dans le paragraphe suivant, sans aller au fond de la question car, nous l'avons dit dans l'introduction, nous ne pouvons pas nous en occuper dans cette étude.

125. — Par contre, lorsqu'il est impossible de contrôler par un critérium *objectif* les systèmes juridiques particuliers de la masse et de l'élite, de la majorité et de la minorité (soit que ce critérium n'existe en général pas, soit qu'il n'est pas encore trouvé), il faut adopter le critérium de la majorité, nous l'avons dit, pour *diminuer* l'emploi de la force, qui est toujours un mal. Par exemple, on sait que la question du drapeau était à une époque fort importante pour la France. La monarchie aurait peut-être été restaurée si son représentant ne s'était pas opposé au drapeau tricolore, que la majorité du pays jugeait indispensable. Il s'agissait là de simples sentiments, de croyances, — il n'y avait pas de critérium objectif. En fait, la couleur du drapeau n'a pas d'importance, mais il y a notre amour pour une couleur donnée. Il faut, alors, se fier à la majorité. Evidemment, un jour peut arriver où sera trouvé le critérium objectif, et il peut être prouvé alors que la majorité avait tort. Mais cela n'a pas d'importance pratique *pour l'heure actuelle* où ce critérium n'existe pas, et alors il faut se fier à la majorité.

Nous avons donné cet exemple, minime, mais, hélas ! les exemples ne manquent pas, et plus grands et plus importants. Prenez une des grandes discussions, quelle qu'elle soit : la question du collectivisme, de l'individualisme, de la démocratie, du « totalitarisme », de la sécurité collective ou des pactes bilatéraux, de la possibilité pour la femme de travailler, de même que l'homme, en dehors du foyer, etc... — les exemples sont trop nombreux... Ou prenons des questions de moindre importance : quel ordre de successions ? le droit d'ainesse, l'exclusion des filles, ou même la suppression du droit d'hériter en général. Les questions qui semblent être techniques ne le sont pas, et le critérium est introuvable. Certes, par exemple, dans chacun de ces systèmes pris séparément, le minimum d'existence peut être assuré, et pour autant un droit objectif, élaboré par l'élite, est possible, — mais il s'agit d'assurer plus qu'un minimum. Certes, chacun de ces systèmes doit attribuer à chacun le sien, doit donc correspondre à la justice, mais il s'agit de savoir à quoi chacun peut légitimement prétendre, et là les opinions divergent, comme l'a reconnu Gény. Certes, il y a des éléments objectifs, là aussi, mais ces éléments ne peuvent nous fournir non plus un critérium suffisant pour élaborer des règles concrètes.

Nous reconnaissons franchement que, dans ce domaine, on se trouve dans la pleine subjectivité, du point de vue positiviste ; dans le domaine des croyances, où la lutte va décider, comme l'a dit M. Ripert. Ceux-là mêmes qui, comme Gény, admettent l'existence d'une valeur objective, avouent qu'il est impossible de découvrir cette valeur objective lorsqu'il s'agit d'éléments aussi complexes, car nos moyens d'investigation sont trop pauvres. Il ne reste donc rien que de reconnaître franchement cet état de choses et de laisser à l'expérience et à l'évolution le soin d'apporter la solution. Dans ce sens, la Préface de M. Gény au IV^e tome de sa « Science et technique » est un aveu précieux et un témoignage haut et noble de sincérité scientifique. L'élite elle-même est divisée sur ces questions ; laissons le soin au temps, qui va tout régler. Guidons-nous, chacun, par notre idéal, luttons pour lui, — la vérité viendra comme récompense aux combattants valeureux.

Et, peut-être, encore une fois, il ne faut pas regretter cet état de choses : la Perfection reste toujours le but suprême pour l'homme et comme il serait triste pour lui, tel qu'il est fait, — toujours

à la recherche de la vérité, toujours progressant, — de vivre sur cette terre, conscient que la Perfection est atteinte, et qu'il n'y a plus à la chercher. Le temps cesserait alors de s'écouler, la création serait interrompue et la joie de créer aurait disparu. La vie serait finie. Ainsi, la vie est plus dramatique, plus pénible, mais plus élevée, plus attrayante.

§ 4. — *Le conflit entre le droit objectif et le droit positif*

126. — Nous avons ainsi constaté que dans le droit, il existe des éléments objectifs, à côté des éléments « subjectifs ». En tant, donc qu'il existe un droit objectif, se pose la question du conflit possible entre ce droit objectif et le droit positif.

Nous avons dit que nous ne pouvons pas traiter ce problème à fond. Nous allons exposer seulement quelques conséquences qui s'imposent d'après nos développements précédents.

Ces conséquences sont logiques, et, dans une certaine mesure, relativement faciles à réaliser. En effet, nous avons cherché à établir un droit objectif efficient, qui possède la force obligatoire normative, et qui est adopté par un groupe suffisamment large pour que ce groupe puisse l'appliquer, au besoin, par la force.

Ainsi, lorsqu'il s'agit du droit objectif dans le sens strict du mot — droit adopté universellement, par tous — il est évident que le cas où ce droit serait méconnu et violé par le droit positif sera extrêmement rare. Les gouvernants (même en supposant qu'ils n'adoptent pas ce droit comme leur, — c'est-à-dire qu'ils soient anormaux, dans le sens que nous avons défini — ce qui est presque impossible; ou qu'ils l'adoptent, mais sont trop faibles pour le réaliser — c'est-à-dire que chez eux les valeurs inférieures priement en efficience les valeurs supérieures — ce qui est possible) seront contraints à appliquer ce droit objectif. Mais il s'agit ici — nous l'avons dit — non des valeurs générales, abstraites, adoptées universellement par tous, mais des valeurs concrètes, ainsi adoptées. Ces valeurs concrètes seront donc toujours réalisées et l'affirmation de M. Ripert en ce sens correspond pleinement à la réalité. S'il arrivait cependant, malgré tout cela, un gouvernement tyrannique qui violerait ces valeurs, il est évident que la résistance à l'oppression, même active, devrait être admise sans aucune limitation. Sans

aucune limitation, disons-nous, car il n'est pas difficile, ni de déterminer l'objet qui doit être défendu, ni ses limites, en dehors desquelles il ne faut pas sortir, puisque ce droit objectif est évident pour tous, chacun le portant dans sa conscience.

Lorsqu'il s'agit pourtant des valeurs abstraites, imprécisées, comme la justice, la liberté, l'égalité, l'ordre, le bien commun, etc., etc., valeurs pour lesquelles il n'existe pas d'accord lors de leur concrétisation, les masses et l'élite étant profondément divisées, évidemment le critérium d'objectivité n'existe pas et cela se rapporte aux cas où il n'existe pas de droit objectif et, partant, de conflit entre le droit objectif et le droit positif. Par conséquent, les gouvernants peuvent appliquer par la force leur propre conception.

Mais il ne faut pas oublier qu'ici aussi, il peut arriver des conflits. En effet, si par exemple les opinions sur ce qui est juste diffèrent, si les systèmes juridiques particuliers ne concordent pas dans la détermination de la justice — il y a, nous l'avons toujours souligné, une notion de justice qui est partagée par tous. Lorsqu'on vient, à l'occasion d'une disposition concrète du droit positif, à l'unanimité des opinions — opinions qui divergent par ailleurs — que cette disposition est absolument contraire à la justice — aucun doute n'est plus possible; la résistance à l'oppression, sans aucune limitation, peut jouer de plein droit.

Il faut souligner encore une fois que, malheureusement, il est possible que ce que nous appelons droit objectif ne le soit pas, qu'il soit une erreur, comme il en était de l'esclavage dans l'antiquité — que, donc, le droit objectif véritable soit à côté du droit positif; — mais cela est inévitable. Qui sait combien d'institutions que nous considérons aujourd'hui comme objectives, paraîtront aux hommes de l'avenir comme des erreurs? Et si, comme le croit M. Le Fur, dans ce domaine, il n'y a pas d'« erreur universelle », tant mieux.

En outre, il faut souligner encore une source d'un conflit possible entre le droit objectif et le droit positif; c'est l'évolution. Le droit objectif évolue plus vite que le droit positif, en tant que ce dernier est un droit formel. Cela appartient au domaine de l'interprétation, et nous ne pouvons le discuter. Disons tout au moins que nous sommes partisan des plus larges pouvoirs des juges, en allant — en tant que le juge agit en conformité avec le droit objectif indiscutable, évident et admis par tous — au besoin jusqu'au pouvoir d'agir *contra legem*. Le problème est toujours de savoir comment constater exactement le droit objectif.

127. — C'est ce problème qui est le plus aigu lorsqu'il s'agit non plus du droit objectif, au sens strict du mot, mais du droit objectif de l'élite. en tant que ce droit peut être pris, comme nous l'avons expliqué, pour objectif, et en tant qu'il n'a pas encore pénétré dans la masse, n'est pas admis universellement, n'est pas devenu le droit objectif *stricto sensu*. Le problème est trop vaste et, en dernière analyse, soulève la question de l'organisation de l'Etat et de sa réforme. Si la masse détient le pouvoir gouvernemental, non l'élite véritable — il n'y a guère de chance que le droit positif se conforme au droit objectif. Les exemples concrets abondent pour le prouver, malheureusement. L'élite n'a pas beaucoup de chance pour réaliser ce droit objectif tant qu'elle ne le fera pas adopter par la masse ou qu'elle ne s'emparera pas du gouvernement. Mais ce droit est néanmoins un droit efficient, et le groupe de l'élite est suffisamment large, pour, en fin de compte, réussir à imposer ce droit objectif.

Quant à l'emploi de la force, même si l'immense majorité est contraire à ce droit objectif, il faut le pratiquer, il ne faut pas ménager des sentiments et des croyances de la majorité, aussi longtemps et autant que cela ne menacerait pas la continuation même de cette application par la force. Mais aussi, il faut savoir tenir compte de ce qu'il est nécessaire que ce droit objectif *lato sensu* soit absolument objectif, c'est-à-dire contrôlé par les jugements de réalité.

Enfin, on arrive au cas où il n'y a plus de critérium d'objectivité, où tous les systèmes juridiques particuliers sont objectifs du point de vue de leurs « auteurs ». Ici, il ne reste plus, nous l'avons dit, que la lutte. Mais une limite doit lui être imposée : ne pas employer la force, ni des moyens déloyaux. La lutte doit être une lutte des idées. Evidemment, tout cela dépend de l'organisation étatique. Et, à la fin, il faut loyalement constater la majorité et se fier à elle, pour éviter, le plus possible, l'emploi de la force.

Ces systèmes juridiques particuliers jouent, eux aussi, le rôle du droit objectif : ils contrôlent le droit positif, tendent à le perfectionner. Et l'on peut espérer que, dans une société homogène, on finira toujours par trouver un équilibre, équilibre incertain, équilibre dans l'évolution, dont Hauriou aimait tant à parler, équilibre

entre les systèmes juridiques particuliers ; car il faut toujours tenir compte de la dignité humaine et ne pas prétendre, devant la diversité des croyances, et à défaut de preuves *objectives*, que seul notre système est objectif et tous les autres des erreurs. Si l'on tient compte de cette dignité, si, dans autrui, on respecte un égal à soi-même, l'équilibre sera trouvé.

Contentons-nous de cet équilibre, tant que nous ne parvenons pas à un droit vraiment objectif.

Conclusion

128. — Nous avons essayé d'établir, par une méthode *positive*, l'élément normatif réel que contient le droit; de trouver dans quelle mesure un idéal réellement obligatoire existe dans le droit. Nous avons ainsi constaté que cet élément normatif consiste dans une force obligatoire — que nous avons appelée *normative* — de la norme juridique. L'idéal qui se trouve dans notre conscience, adopté par nous, avec lequel nous avons communiqué, nous pousse réellement à l'appliquer, à le réaliser dans les faits. Au surplus, nous avons constaté que de cette force obligatoire normative émane encore une force obligatoire que nous avons appelée *normativiste*, consistant en ce que l'auteur d'un système juridique particulier considère que son système juridique *doit* être appliqué par tous, volontairement, et même, si besoin en est, par la contrainte, par la sanction.

Ainsi, en tant que le droit *positif* ne fait pas partie de tous les systèmes juridiques particuliers — systèmes qui sont un droit — norme, possédant la force obligatoire normative — il est possible, à la base de cette force obligatoire normative, de l'appliquer par la force, par exemple dans un Etat donné. Nous avons même donné comme différence essentielle — quoique provenant d'une différence primordiale plus profonde — entre le droit et la morale : que le système juridique est considéré comme devant être appliqué par la force. Le droit, pourtant, ne peut pas reposer sur la force seule, car, pour être appliqué, il doit être une norme — c'est-à-dire adoptée, efficiente — pour celui qui va l'appliquer par la force. C'est sur la valeur, en dernière analyse, que le droit repose.

D'autre part, nous avons souligné que, pour pouvoir être appliqué comme un droit positif étatique, le droit doit être adopté par un groupe social suffisamment large; l'auteur du système juridique particulier, pour que ce système puisse s'ériger en système étatique positif, doit être un *groupe social*, non un individu.

Pourtant, si du point de vue de l'auteur d'un système juridique particulier, il est possible et justifié d'employer la force pour appliquer son droit comme droit positif étatique, — devant le fait incontestable que les systèmes juridiques particuliers diffèrent souvent, il ne serait pas possible d'admettre que chaque système juridique particulier ait le droit de s'appliquer par la force, car ce serait une anarchie, et le droit se trouverait identifié avec la force : le plus fort dicterait le droit. Or, nous considérons la force comme un mal, nécessaire il est vrai, mais néanmoins un mal, dont l'emploi doit être diminué autant que possible.

129. — Ainsi, nous étions ramené au problème du droit objectif. Nous avons essayé de trouver un droit objectif, c'est-à-dire le droit le meilleur possible, parce que, pour réaliser ce droit, l'emploi de la force est nécessaire.

Nous avons, dès l'abord, rejeté les solutions idéalistes de ce problème, consistant dans l'affirmation de l'existence d'un droit objectif indépendant de l'homme, donné soit dans les faits, soit dans une conscience supérieure. Nous avons reconnu que la seule solution satisfaisante de ce problème ne peut être que cette solution idéaliste — mais nous avons posé comme un devoir de trouver un droit objectif efficient, et pour être efficient, le droit doit se trouver adopté par un groupe social. D'autre part, la conscience supérieure ne peut être positivement connue ni prouvée, elle ne repose que sur la *croiance* ; or, les croyances diffèrent, et nous avons voulu baser notre droit objectif sur une base *positiviste*, qui serait nécessairement reconnue par tous.

Ainsi, il nous fallait chercher le droit objectif parmi les systèmes juridiques particuliers efficients, existant dans la société. La solution idéaliste étant rejetée, il s'est trouvé que pour les fins-valeurs que le droit doit réaliser, un critérium vraiment objectif n'existe pas ; un tel critérium n'existe que pour les moyens *techniques* de réalisation de ces fins-valeurs. Par conséquent, pour les fins-valeurs, il fallait trouver un critérium d'objectivité, moins parfait, mais *positiviste*. Ce critérium, d'accord avec les doctrines principales sur ce problème, nous l'avons trouvé dans l'unanimité, le consentement universel de tous les hommes normaux. Pourtant, nous l'avons dit, l'élite a une conscience plus claire que la masse. En outre la masse, quoique consciente de ces valeurs objectives,

supérieures, quoiqu'adoptant comme obligatoires ces valeurs, laisse souvent — parce qu'elle est dominée par les instincts plus que l'élite — les valeurs inférieures prime en effcience les valeurs objectives, supérieures. Par conséquent, le système juridique particulier de l'élite représente plus éminemment le droit objectif que le système juridique de la masse.

Ce droit objectif universellement adopté constitue le droit objectif *stricto sensu* et son application par la force est pleinement justifiée.

130. — Mais nous avons constaté que les valeurs contenues dans le droit objectif *stricto sensu* ne sont pas suffisamment concrétisées et susceptibles de l'élaboration technique où il existe un critérium d'objectivité sûr. Cependant si cette concrétisation ne dépend pas totalement des faits, des « données » qui nous fournissent un critérium d'objectivité sûr, nous avons constaté qu'elle dépend beaucoup des faits — et plus la concrétisation est poussée, plus cette dépendance est grande, et plus le critérium d'objectivité positif est utilisable. Puisqu'il s'agit là de la connaissance théorique, du contrôle à l'aide des jugements de réalité, de la science *stricto sensu*, nous avons assigné à l'élite le rôle de créateur de ce droit. Ainsi le système juridique particulier de l'élite constitue, en ce sens, un droit objectif *lato sensu*, dont l'application par la force est aussi pleinement justifiée, quoique souvent la grande majorité ne l'adopte pas.

En dehors de ces deux sortes de droit objectif, il n'y a plus de droit objectif. Il n'existe que des systèmes juridiques particuliers, différents, qui luttent entre eux.

131. — Cependant la société, l'Etat, a toujours besoin d'un système positif, applicable par la force. A défaut du critérium d'objectivité, nous avons préconisé un équilibre, changeant, évolutif, et instable entre les divers systèmes, équilibre qui constituera un droit positif n'ayant pas besoin d'appliquer la force à une trop haute dose. Enfin, en tant que cet équilibre ne pourrait pas être atteint, nous considérons — étant donné que l'application d'un système est nécessaire — qu'il faut appliquer le système de la majorité, puisqu'il nécessite un emploi moindre de la force — étant bien entendu que, dans la lutte des systèmes pour déterminer celui qui

aura la prédominance dans le système d'équilibre, ou pour conquérir la majorité — la force et les moyens déloyaux doivent être exclus, pour que cette lutte soit une lutte des idées. L'application du système juridique particulier de la majorité peut s'appuyer — en dehors de cette nécessité qu'il y ait un système juridique positif — seulement sur la force obligatoire *normativiste* qui justifie aux yeux de l'auteur de ce système, la masse, une telle application.

Ainsi se présente l'unité de notre étude, dans laquelle nous nous sommes efforcé de faire prédominer la valeur sur la force, l'idéal sur le fait, et de prouver l'existence d'un idéal réellement existant, réellement obligatoire, efficient et actif.

Vu :

Le Président de thèse :

L. LE FUR.

Vu :

Le Doyen :

G. RIPERT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur

de l'Académie de Paris :

ROUSSY.

Table des Matières

AVANT-PROPOS	3
INTRODUCTION	4

PREMIERE PARTIE

LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA NORME JURIDIQUE

CHAPITRE I. — <i>Les théories formalistes de la force obligatoire..</i>	13
§ 1. La théorie de Kelsen	13
§ 2. L'école étatiste allemande	37
CHAPITRE II. — <i>Les théories qui fondent la force obligatoire normative sur une valeur objective</i>	42
§ 1. L'école du droit naturel	42
§ 2. La théorie de M. Bonnard	65
CHAPITRE III. — <i>Les théories sociologiques</i>	71
Section première : <i>Les théories basées sur la conscience</i>	72
§ 1. La théorie organiciste	73
§ 2. La théorie de la conscience collective	74
§ 3. Les théories de la conscience individuelle	101
I. Tarde.	
II. Duguit.	
Section II : <i>Les théories socio-biologiques</i>	110
§ 1. La théorie de M. Scelle	110
§ 2. La théorie de Bergson.....	112
Appendice au chapitre III : <i>La théorie du positivisme idéaliste....</i>	116
CHAPITRE IV. — <i>Essai d'une explication de la force obligatoire réelle de la norme juridique</i>	121
§ 1. La nécessité et la liberté	121
§ 2. La valeur	140
§ 3. La norme	149

§ 4. La force obligatoire normative	153
§ 5. La force obligatoire de la norme juridique	159
§ 6. Conclusions de la première partie	168

DEUXIEME PARTIE

LE PROBLEME DU DROIT OBJECTIF

<i>Introduction</i>	170
CHAPITRE I. — <i>Les théories négatives</i>	175
§ 1. Les théories monistes positivistes	175
§ 2. La théorie pluraliste de M. Gurvitch	188
CHAPITRE II. — <i>Les théories positives</i>	191
§ 1. L'école du droit naturel	191
§ 2. Les théories sociologiques	212
I. La théorie de Duguit	212
II. La théorie de M. Scelle	222
III. La théorie de M. Corbu	226
CHAPITRE III. — <i>Essai d'une solution positiviste du problème du droit objectif</i>	228
§ 1. Le problème du droit objectif et les solutions à rejeter..	228
§ 2. Le droit dans la société.....	232
§ 3. Le droit objectif	236
§ 4. Le conflit entre le droit objectif et le droit positif....	248
CONCLUSION	252

ACHEVÉ D'IMPRIMER AUX IMPRIMERIES
LES PRESSES MODERNES
96, GALERIE BEAUJOLAIS — PALAIS-ROYAL
PARIS (1^{er})

